

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Otacílio Paulo da Silva Neto

RIO DE JANEIRO
2017

OTACÍLIO PAULO DA SILVA NETO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Eduardo Ribeiro Moreira.

RIO DE JANEIRO

2017

OTACÍLIO PAULO DA SILVA NETO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Eduardo Ribeiro Moreira.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017

CIP - Catalogação na Publicação

N469d Neto, Otacílio Paulo da Silva

O Direito ao Esquecimento na Sociedade da
Informação / Otacílio Paulo da Silva Neto.
Rio de Janeiro, 2017.
74 f.

Orientador: Eduardo Moreira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito ao Esquecimento. 2. Direitos
das Personalidade. 3. Direitos Fundamentais.
4. Colisão de Princípios. 5. Direito e Mídia.
I. Moreira, Eduardo, orient. II. Título.

CDD 342.115

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus familiares, que sempre me apoiaram e me incentivaram a manter o rumo. Dentre estes, não posso deixar de realizar um agradecimento especial à minha mãe, Maria de Fátima Tomé da Silva, que sempre esteve ao meu lado, me encorajando a continuar, sempre com a certeza de que tudo daria certo, independente das diversas dificuldades que surgiram durante o caminho nos últimos cinco anos. Agradeço também aos meus irmãos, que apesar das diferenças, sempre torceram por mim, agradeço-os pelas risadas, brigas, conversas e abraços.

Gratidão é a única palavra que pode descrever corretamente como eu me sinto pelos amigos e colegas que ganhei na grandiosa Nacional, estes que sempre estiveram ao meu lado durante essa trajetória que perdurou por mais de cinco longos anos, mais de vinte por cento da minha longevidade, se tornando partes inseparáveis de quem eu sou.

Fiz grandes amizades em todos os cantos, turnos e períodos da Faculdade Nacional de Direito, grandes amigos que me marcaram e continuarão a fazer parte da minha vida para sempre. Mas não posso deixar de ressaltar a importância do 'Feudo' na minha formação, como aluno, amigo e, acima de tudo, como humano. Simplesmente impossível imaginar essa trajetória, assim como a minha vida daqui para frente sem esse improvável grupo de verdadeiros irmãos e irmãs, porque é exatamente o que somos: família.

Independente da distância, não posso deixar de agradecer aos meus melhores e mais antigos amigos, os primeiros seres humanos os quais, apesar de não compartilharem quaisquer traços genéticos, tive o prazer chamar de irmãos: Danillo, Gabriel e Lucas. O trabalho pode nos ocupar, a UERJ pode nos atrasar e Portugal pode nos afastar, mas vocês sempre serão o começo de tudo, obrigado por existirem.

Agradeço, por fim, ao Professor Eduardo Ribeiro Moreira, professor de Direito Constitucional na Faculdade Nacional de Direito, que aceitou de imediato a tarefa de ser meu orientador neste trabalho monográfico, oferecendo essencial suporte no pouco tempo que lhe coube. Meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Advindo do princípio da dignidade humana, os direitos da personalidade, que tem como paradigmas fundamentais a imagem, a honra e a privacidade, extrai-se também o controverso direito ao esquecimento, que é o direito que dada pessoa tem de não ter incidentes passados, o qual não gostaria de ver disseminado à população, seja exposto à sociedade, danificando sua imagem. A presente monografia aborda a problemática da aplicação desse direito no Brasil, a partir da análise do direito comparado, da jurisprudência e da nova lei do marco civil da internet, que garante expressamente o direito ao esquecimento. Assim, analisa-se os limites deste instituto frente à outras garantias e princípios constitucionalmente garantidos, como o direito de livre acesso à informação e a liberdade de imprensa, valores constitucionais e essenciais na sociedade atual, que não devem ser suprimidos ou censurados. O direito ao esquecimento não tem pretensão de impor uma versão dos fatos, tampouco de eliminá-los da história ou reescrevê-los, este instituto busca simplesmente um modo de regulamentar a forma como estes fatos pretéritos estão sendo disseminados, impossibilitando que sua divulgação seja realizada de maneira irrestrita. Assim, far-se-á um exame da colisão entre direitos, buscando orientações doutrinárias e jurisprudenciais para solucionar tal conflito.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direitos das Personalidade. Direitos Fundamentais. Colisão de Princípios. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito e Mídia. Direito e Internet. Responsabilidade.

ABSTRACT

Originating from the principals of human dignity and fundamental guarantees, the personality rights, which have as crucial paradigms the protection of a person's image, honor and privacy, can be extracted the so-called right to be forgotten, which is the right that a person has to not have past incidents, which they don't want to see disclosed to the general population, exposed to the entire society, damaging his image. This monograph addresses the problems that comes with the application of the right to be forgotten in Brazil, through the study of comparative law, jurisprudence and the so-called "Marco Civil da Internet", which expressly guarantees the right to forgotten. Therefore, the limits of this institute are analyzed here in comparison with other guarantees and principles constitutionally guaranteed, like the right of free access to information and freedom of the press, constitutional and essential values in today's society, which should not be suppressed or censored. The right to be forgotten has no pretension to impose a version of the facts, or the intention to eliminate history or rewrite it, this institute simply seeks a way to regulate the way that these past events that are being divulged, precluding its unrestricted disclosure. Thus, a collision between rights will be examined, seeking doctrinal and jurisprudential guidance to resolve the conflict.

Keywords: Right to be forgotten. Fundamental guarantees. Personality rights. Collision between fundamental rights. Freedom of the press. Free access to information

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	10
2 - A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	13
2.1 O Livre Acesso à Informação.....	15
2.2 Liberdade de Expressão.....	17
2.3 Liberdade de Imprensa.....	20
2.4 Limitações aos Direitos de Informação, de Expressão e de Imprensa.....	22
3 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICA.....	26
3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
3.2 Os Direitos da Personalidade e suas ramificações.....	30
3.2.1 O Direito ao Nome.....	32
3.2.2 O Direito à Imagem.....	34
3.2.3 O Direito à Honra.....	36
3.2.4 O Direito à Privacidade e Intimidade.....	38
3.3 O Direito à Memória e ao Esquecimento.....	40
3.3.1 Conceito e Historicidade.....	41
3.3.2 O Advento da Internet e o Direito ao Esquecimento.....	43
3.3.3 O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Internacional.....	45
3.3.4 O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	50
4 – LIBERDADES COMUNICATIVAS <i>VERSUS</i> DIREITO AO ESQUECIMENTO....	55
4.1 Colisão entre Direitos Fundamentais.....	56
4.2 Técnicas de Solução de Conflitos de Direitos Constitucionais.....	57
4.3 Afinal, Existe Espaço Para Acomodar o Direito ao Esquecimento no Brasil?....	61
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 edificou no Brasil um Estado Democrático de Direito. O poder constituinte originário fez questão de tornar esse o pilar que suporta todo nosso ordenamento. Isso se deu pela mudança do cenário histórico que o país vivia, sendo essencial demonstrar uma quebra total com o paradigma ditatorial de qual saía e atender aos anseios da população, que acabara de quebrar com uma ditadura que perdurou por mais de 20 anos.

Assim, sinalizando essa ruptura com o regime de exceção, os legisladores elaboraram a Constituição atual, que prevê uma série de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros. Por ser a mais completa Constituição brasileira e ter esse viés garantista, ficou conhecida como a Constituição cidadã, batizada dessa forma pelo próprio presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães.¹

Para garantir essa visão, uma série de princípios, direitos e garantias fundamentais foram implantadas no texto constitucional para nortear e estruturar esse modelo de Estado Democrático de Direito. Esses institutos foram influenciados principalmente pelas Revoluções Francesa e Americana, podendo ser observados por todo o texto da Constituição Federal de 1988.

Destarte, verificam-se princípios que versam sobre as necessidades físicas e emocionais mais básicas do ser humano à princípios que tratam de assuntos extremamente específicos, que surgem com o passar do tempo e com a evolução do contexto social em geral. Um dos mais complexos, e certamente o mais abrangente, é o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o conceito de dignidade humana não é algo simples de definir, não possuindo um *status* concretizado e está sempre evoluindo.²

¹ A “Constituição Cidadã”: sociedade e cidadania em questão. 2008. Disponível em <<http://www.educacional.com.br/reportagens/20AnosConstituicao/cidada.asp>> Acesso em: 13 de maio de 2017.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-54

Dentro desse contexto, estão os já constitucionalmente firmados direitos da personalidade, que são todos os direitos que o indivíduo tem de controlar como será usada sua imagem, corpo, nome, aparência ou qualquer outro aspecto inerente à sua identidade como pessoa.

Assim, advindo do princípio da dignidade humana, o direito da personalidade, que tem como preceitos fundamentais a imagem, a honra, a intimidade e a privacidade, extrai-se também o controverso instituto do direito ao esquecimento, que é o direito que dada pessoa tem de não ter um incidente passado, o qual não gostaria de ver disseminado à população em geral, seja exposto à sociedade, danificando sua imagem.³

Por outro lado, existe também o já sacramentando direito à informação e a liberdade de imprensa, que preveem, em poucas palavras, o direito do indivíduo de publicar e acessar a informação, por meios de comunicação em massa, sem resistência estatal. Esse é um direito universalmente reconhecido e presente em qualquer Estado verdadeiramente democrático. Dessa forma, tendo em vista o contexto social no momento do advento da Constituição Federal de 1988, é apenas lógico que esta seria uma das garantias constitucionalmente previstas na então nova era que chegava.

Nesse contexto, temos de um lado do espectro o direito constitucional ao esquecimento, como instituto essencial para o integral exercício do direito da personalidade, e de outro lado, o direito de livre acesso à informação e da liberdade de expressão e de imprensa, exercendo um papel de importância inegável em qualquer Estado Democrático de Direito, que não devem ser submetidos a nenhum tipo de censura para que sejam plenamente eficazes.

Tem-se, então, dentro desse contexto, um obstáculo para o pleno exercício do direito ao esquecimento, sendo certo que ainda é instituto relativamente novo e que tem sua aplicabilidade cercada de controvérsias, diante de um

3 DE CALASANS MELO ANDRADE, Diogo. QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO, Marcela. *Direito ao Esquecimento como Direito da Personalidade vs. Liberdade de Expressão como Direito à Informação: Ponderação entre Direitos Fundamentais com a Aplicação da Proporcionalidade e Razoabilidade*. Interfaces Científicas – Direito. Vol. 4, nº 02. 2016. p. 79-92

direito plenamente reconhecido pelo texto constitucional, pela doutrina e pela jurisprudência.

O tema central a ser discutido no presente trabalho monográfico é a colisão de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e a problemática para seu exercício e aplicabilidade na atual sociedade da hiperinformação, onde o limiar entre a esfera privada e pública começam a se ofuscar contra a vontade do titular desses direitos.

A problemática se instaura por conta de uma falsa percepção de que o alcance dos direitos de expressão e imprensa, sob os quais meios de comunicação se amparam, são ilimitados.⁴

Contudo, é importante salientar que esta colisão nasce na própria aplicabilidade do direito ao esquecimento. Assim, não se busca aqui apenas fazer um parecer desse importantíssimo instituto dentro de si mesmo, tampouco apenas mais uma análise de colisão entre direitos fundamentais, mas estudá-lo dentro de um cenário de aplicação concreta, buscando meios reais de exercer esse direito e os obstáculos que surgem com esta pretensão.

Ademais, diante da importância e dos avanços que o Direito da União Europeia trouxe ao tema, mostra-se crucial apresentar a forma como a região está lidando com esse instituto e realizar um comparativo com a legislação e jurisprudência europeia e brasileira sobre o assunto, buscando novas formas de regular e facilitar a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil.

Destarte, a presente monografia busca modernizar um modelo de discussão antigo, já utilizado diversas vezes com variados institutos presentes nas constituições de diferentes países, trazendo ao centro da análise um instituto recente, junto com as dificuldades de seu exercício na sociedade atual, composta por uma população completamente conectada e hiperinformada.

⁴SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184-187

2 - A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A liberdade, em sua forma mais ampla, é um direito fundamental de todo cidadão brasileiro, conforme disposto na Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, dispõe sobre as garantias e deveres individuais e coletivos, considerando invioláveis os direitos: “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Todavia, dentre os direitos invioláveis supramencionados, destaca-se o direito à liberdade. Ocorre que ‘liberdade’ por si só se mostra um conceito extremamente abrangente, quando se menciona o conceito de liberdade, para a maioria das pessoas, a primeira ideia seria da liberdade de fato, liberdade de ir e vir, do direito de não estar preso ou confinado. Mas o conceito de liberdade apresentado pelo art. 5º da Constituição Federal engloba muito mais do que isso, a Carta Magna refere-se às liberdades civis.

O conceito de liberdades civis compreende todas as liberdades que qualquer indivíduo possui, como, por exemplo, a liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de reunião e associação, liberdade de informação etc. Dentre as liberdades supramencionadas, deve ser destacada, considerando o escopo da presente monografia, a liberdade de informação.

O direito à informação fragmenta-se em três esferas distintas: o direito de informar, que desdobra nas liberdades de expressão e de imprensa; o direito de acesso à informação (ou direito de se informar), que envolve a liberdade de todo indivíduo de buscar informações públicas por qualquer meio disponível, e o direito de ser e se manter informado, que é o direito coletivo da sociedade de ser informada pelo Estado e pelos meios de comunicação em massa sobre temas de interesse público.

A sociedade vive atualmente na chamada Era da Informação⁵, conceito preconizado pelo sociólogo Daniel Bell, tendo em vista que a partir da década de 70, o mundo caminhou em direção a uma sociedade pós-industrial, na qual conhecimento e criatividade tornaram-se matérias cruciais para o desenvolvimento econômico, além de um rápido aumento da tecnologia de informação, tendo em vista a relevância que esta assumiu no mundo atual.

Em uma nova realidade definida e guiada pela globalização, desenvolvimento tecnológico e economia pós-industrial, as barreiras para propagar e adquirir informações são quase que inexistentes. Assim, a informação por si só se tornou um mecanismo de extrema importância para o exercício e controle do poder, obtenção de recursos e administração na direção da opinião de parte da população. Dessa forma, esse direito, garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XIV e XXXIII, assim como em seu art. 220, §1º, assume relevância primordial na sociedade contemporânea.

O notável James Madison, quarto presidente dos Estados Unidos e pai da Constituição americana, escreveu:

“Um governo do povo sem informação para o povo, ou sem que o povo tenha os meios de obtê-la, nada mais é do que o prólogo de uma farsa ou uma tragédia, ou talvez de ambas. O conhecimento sempre prevalecerá sobre a ignorância, e um povo que pretenda ser seu próprio governante precisa se armar com o poder que é dado pelo conhecimento.” (Letter to W.T. Barry; 1822-08-04), in Gaillard Hunt, The Writings of James Madison Vol. 9 (1910), p. 103)

Destarte, correto o ditado “a informação é o oxigênio da democracia”, vez que somente uma sociedade informada pode participar de forma consciente em seus deveres cívicos, participar da administração pública e fiscalizar àqueles que detêm o poder estatal.

⁵BELL, Daniel. O Advento da Sociedade Pós-Industrial. São Paulo: Cultrix, 1977. p. 148/149

O controle midiático sempre foi um dos arcabouços de governos tirânicos e totalitários. Informação dá ao povo o seu maior instrumento de luta e fiscalização contra o Estado: o conhecimento.

O juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis, resumiu o sentido da importância do direito à informação de forma categórica: “a luz do sol é o melhor dos desinfetantes”. O magistrado defendia, no início do século 20, transparência no sistema financeiro de seu país, mas quando transposta para a política em geral, ela é absolutamente transformadora. A transparência que o acesso à informação manifesta é, sem dúvidas, a melhor forma de combater a corrupção, de oposição às ilegalidades, de luta contra as violações de direitos humanos e contra a ineficiência brutal do governo.

Assim, este importante instituto, considerando o escopo de pesquisa da presente monografia, será avaliado, com foco em seus três pilares: liberdade de informação, de expressão e de imprensa, a seguir examinados.

2.1 O Livre Acesso à Informação

O direito à liberdade de informação, enraizado em diversas constituições ao longo dos anos, é um dos traços mais dignos e fundamentais de uma sociedade verdadeiramente democrática.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XIV, assegura a todos o acesso geral à informação, resguardando, quando necessário ao exercício profissional, o sigilo da fonte. Trata-se aqui da supramencionada liberdade de informação, ou seja, é tanto o direito de informar alguém, como o de ser informado.

O direito de livre acesso à informação é um direito de liberdade, essencialmente abrangendo todos os cidadãos, independentemente de qualquer outra característica que este possua, tendo o objetivo fornecer incentivos para o desenvolvimento do

conhecimento e opinião sobre assuntos públicos. Como ensina José Afonso da Silva:

*“Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV)”.*⁶

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, adotada pela ONU após a Segunda Guerra Mundial, visando proteger os direitos básicos de todos os seres humanos, garante o direito de acesso à informação, em seu artigo 19. Veja-se:

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

Sendo assim, é possível aferir o devido valor do livre acesso à informação, vez que é também crucial para o livre desenvolvimento da personalidade humana, pois auxilia para que cada pessoa possa construir as suas propensões e ideais sobre os mais diversos temas e realizar escolhas cientes em suas vidas privadas. Além disso, esse direito opera como requisito para a prática competente de todos os demais, porque habilita os indivíduos a exigi-los de maneira mais eficaz, fortalecendo o controle da sociedade sobre as administrações públicas que visam promovê-los.

Em suma, se mostra não apenas um direito básico inerente a todo ser humano, mas tem-se, além disso, a expressa menção na Carta Magna, assim como na legislação internacional da autonomia de requerer, adquirir e disseminar dados que estão relacionados com o exercício da cidadania.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

2.2 A Liberdade de Expressão

Ao longo da história da humanidade, a liberdade de expressão demonstrou ser um dos direitos fundamentais mais significativos e nobres, demonstrando-se como *“uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”*.⁷

Esse direito advém das conquistas das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, cujo conteúdo fundamental propõe-se a vedar a prática de restrições por parte do Estado frente ao direito de avaliação e crítica legítima à agentes públicos e particulares. Assim, a liberdade de expressão está relacionada à liberdade de informação, compreendida no direito de informar, de se informar e de ser informado.

A luta em prol da liberdade de pensamento, opinião e expressão se iniciou na Inglaterra. Países como a França e os Estados Unidos seguiram a corrente logo depois e também são reconhecidos como percursores no reconhecimento desses direitos. Assim, a título de exemplo, temos a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, aprovada em dezembro de 1791, que impede a adoção de medidas que tendam a limitar os direitos fundamentais dos cidadãos americanos, dentre os quais, a liberdade de expressão.⁸

Em poucas linhas, de liberdade de expressão é a garantia constitucionalmente assegurada a qualquer cidadão de se manifestar, procurar e recepcionar ideias, pensamentos e informações de qualquer natureza, por meio de linguagem oral, escrita ou qualquer outra forma de comunicação.⁹ Conforme ensina o Prof. Alexandre de Moraes, *“a proteção constitucional engloba não só o direito de*

7 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

8 DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada, a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 127.

9 DA SILVA, Lucas Gonçalves. CERQUEIRA, Ermelino Costa. *Atualidade dos Fundamentos Liberais da Liberdade de Expressão para o Regramento da Mídia Contemporânea*. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6147246665001872>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir e ler".¹⁰

A Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade de expressão de forma expressa em diversas partes do seu texto, a título de exemplo temos o art. 5º, IV, que diz ser "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; o inciso XIV do mesmo dispositivo, dispõe que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"; e o art. 220, o qual determina que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Assim, os dispositivos supramencionados garantem proteção, enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e valores constitucionais, às opiniões, conversas, convicções e comentários sobre qualquer assunto ou pessoa, podendo ou não envolver tema de interesse público.¹¹

O direito à liberdade de expressão é indisponível e natural, nascendo com a pessoa, vez que se trata de ramificação do direito de personalidade, sendo facultativo à pessoa expressar ou não seus pensamentos. Nesse sentido, toda e qualquer pessoa nasce com essa garantia.

Insta salientar que a liberdade de expressão também está consagrada em diversos tratados internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, já mencionada no tópico anterior. Adicionalmente, garante tal direito a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, conforme proclama seu artigo 13:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

10 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998 - (Coleção temas jurídicos; 3).

11 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257.

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Ainda nesse sentido, determina a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e suas Liberdades Fundamentais, de 1950:

Art. 10, 1º. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e se consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização.

Em suma, a liberdade de expressão, tutelada tanto pela legislação interacional como por nossa Carta Magna, pode ser entendida como um direito subjetivo fundamental assegurando à toda pessoa a faculdade de manifestar

de maneira livre seus pensamentos, ideias e opiniões através de qualquer meio de comunicação, assim como o direito de informar ou receber informação, mostrando-se uma liberdade indispensável aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito.

2.3 A Liberdade de Imprensa

Além do direito de livre acesso à informação e a liberdade de expressão, existe um terceiro pilar inerente ao presente tema, igualmente amparado pela Constituição Federal de 1988. Trata-se da liberdade de imprensa, que trata da garantia dada pela Carta Maior aos meios de comunicação em geral de transmitirem discursos, fatos e ideias sem sofrerem censura.

Assim, esse direito possui em sua esfera de eficácia tanto a liberdade de informação como a de expressão, sendo assim, congrega tanto a liberdade de informar, assim como, por meio dela, a liberdade de ser informado.

Destarte, evidente que liberdade de imprensa é uma poderosa ferramenta de defesa da democracia e do Estado de Direito, tendo em vista que possui potencial para conter diversos abusos de autoridades públicas, razão pela qual sempre foi parte do arcabouço de todas as lutas por democracia ao longo da história, sendo a defesa desse primordial direito tendo sido considerada como prioridade absoluta ao longo das revoluções e instituições de Estados Democráticos. Nas palavras de Karl Marx:

“Goethe disse que o pintor só pinta com êxito aquelas belezas femininas cujo tipo ele tenha amado como indivíduos vivos, alguma vez. A liberdade da imprensa também é uma beleza – embora não seja precisamente feminina – que o indivíduo deve ter amado para assim poder defendê-la. Amado verdadeiramente – isto é, um ser cuja existência sinta como uma necessidade, como um ser sem o qual seu próprio ser não pode ter uma existência completa, satisfatória e realizada”.¹²

12 MARX, Karl. Liberdade de Imprensa. Porto Alegre: L&PM, 2006. p. 18/19.

Nesse mesmo sentido, também ensina José Afonso da Silva, tendo em vista que é na liberdade de informação jornalística que é possível encontrar a liberdade de informar, e somente nesse momento que se concretiza o direito coletivo à informação. Por esta razão é que a Constituição Federal lhe confere um regime específico, buscando garantir a atuação extensiva dos meios de comunicação, coibindo possíveis abusos.¹³

A Constituição Federal determina que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

Tamanha a importância desse instituto, que o STF (Supremo Tribunal Federal), afastou a exigência do diploma de curso de jornalismo e de qualquer registro no Ministério do Trabalho como requisito para exercer a função de jornalista profissional. O Tribunal entendeu que essa exigência vai de encontro à liberdade de imprensa, ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴, conforme estipulou o Relator Ministro Gilmar Mendes, "o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada", e, portanto, "o jornalismo e a liberdade de expressão não podem ser pensados e tratados de forma separada".¹⁵

Diante disso, impossível negar a relevância do papel desempenhado pela imprensa em um Estado Democrático de Direito, qualquer Estado que tenha o intuito de manter o pilar da democracia, deverá garantir um certo grau de liberdade a seu povo, que poderá ser medida de acordo com a extensão conferida ao direito de manifestação de pensamento e liberdade de imprensa.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 246-247.

14 Artigo 13.3 Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

15 RE 511.961, rei. Min. Gilmar Mendes, 17.06.2009.

2.4 Limitações aos Direitos de Informação, de Expressão e de Imprensa

O direito à liberdade de informação, do qual advém também a garantia de livre imprensa, após árduos anos de regime ditatorial, é um dos mais importantes direitos disponíveis à sociedade, por todas as razões expostas anteriormente. Mas, diante de tamanha importância, surge a indagação, seria tal direito absoluto? A resposta da doutrina é uníssima: não.

É pacífico o entendimento de que, em um Estado Democrático de Direito, não existem direitos absolutos, vez que um direito absoluto seria inquestionável, imutável e obrigatório, mas o ordenamento jurídico não pode permitir tal anomalia. A única exceção à regra seria o direito de consciência, vez que é impossível controlar a mente humana.

Isto ocorre porque a Constituição Federal determina que os direitos nela inscritos, incluindo os fundamentais, sejam harmonizados uns aos outros dentro do ordenamento jurídico, considerando que os direitos não devem ser absolutos e que não se deve, visando garantir o exercício de um direito fundamental, negar a validade de outro. Sobre o assunto, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

“(...) não há direitos absolutos. Sendo assim, todos estão sujeitos a restrições, sejam as decorrentes da atuação do legislador, sejam as que resultarão de sopesamentos feitos pelo intérprete. Ademais, se todos os direitos são restringíveis, a segunda espécie de normas - as de eficácia contida - não tem razão de existir como categoria autônoma. Por fim, reiterando ideia que se tornou corrente, reconhece o autor que todos os direitos dependem de atuações estatais, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizarem”¹⁶.

Assim, o direito à liberdade de informação, no contexto contemporâneo de maturidade democrática e constitucional, deve ser interpretado em harmonia com as outras disposições constitucionais, para que seus propósitos sejam corretamente interpretados e respeitados.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 252

É possível verificar a importância de tais limitações no cotidiano da sociedade atual, vez que é fácil constatar na mídia em geral reportagens e notícias que completamente extrapolam o plano do tolerável, invadindo a intimidade e a privacidade das pessoas.

Destarte, tendo-se plena consciência da relevância das garantias fundamentais expressas na Constituição, garantindo o direito de informação e de expressão, assim como a primordial função que a imprensa exerce, não pode ser concebido que esses direitos sejam efetivamente desprendidos de qualquer regra, sendo impostos em todas as ocasiões sobre todos os outros.

A própria Constituição Federal traça algumas orientações principiológicas que guiam a aplicação e exercício desses direitos, determinando, dessa forma, que esses direitos fundamentais, apesar de possuírem lugar de destaque e maior proteção no ordenamento jurídico, não são, em regra, absolutos e ilimitados.

Nesse contexto, de forma similar entende a doutrina majoritária, vez que prega que para o exercício harmonioso dessas liberdades, é essencial que haja observância de certas regras e princípios, como o interesse social e a verdade como limites intrínsecos à liberdade de informação jornalística, por exemplo.

Dessa forma, percebe-se que a liberdade de expressão, principalmente no caso de atividade jornalística, na qual a informação será propagada por meios de comunicação em massa e alcançará um público paquidérmico, não é possível conceber a aceitação da propagação de informação falsa. Então, assim como a relevância social, a disseminação de conteúdo verdadeiro é a atuação que a liberdade declarada pela Constituição garante, vez que o direito de ser informado, inerente à liberdade de informação e de expressão, não se perfaz no momento em que se obtém notícias fantasiosas.

Da mesma forma se limita a aplicação das liberdades de informação, bem como a liberdade de imprensa, vez que existem certos limites previstos pela Carta Magna. O constituinte instituiu expressamente certas limitações. Veja-se o art. 220 da Constituição:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Destarte, é possível extrair deste dispositivo, principalmente no parágrafo 1º, as ressalvas estipuladas pelo legislador: nada poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística, desde que observadas as disposições do art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XVI. Logo, evidente que a constituição ao garantir esses direitos, ao mesmo tempo estabelece princípios norteadores dessas liberdades, como, por exemplo, a permissão de interferência legislativa para proibição do anonimato, vez que tal pode impedir o direito de resposta.

São recorrentes as lides que envolvem a liberdade de imprensa e o direito à privacidade e intimidade, por exemplo. Assim, o Professor Marcelo Novelino ensina alguns critérios objetivos que devem nortear o julgador diante dessas situações:

“Nessas hipóteses, assim como ocorre em todos os casos de colisões de princípios, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas à luz de alguns critérios objetivos que devem pautar a ponderação, tais como:

- i) a veracidade da informação;*
- ii) o contexto jornalístico no qual foi divulgada;*
- iii) e o interesse público (e não apenas "do público") no acesso aos fatos divulgados”.¹⁷*

No mesmo sentido, o art. 222, §3º da CF, determina que “os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 367

prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221". O art. 221 referenciado, em seu inciso IV determina o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família".

Dessa forma, evidente o objetivo do legislador originário de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores familiares, impondo limites à liberdade de informação, de expressão e de imprensa. Não sem razão isso ocorre, vez que o tomo "dignidade da pessoa humana" deve estar sempre disposto como a base de qualquer Estado Democrático de Direito.

Como já mencionado em linhas anteriores, o pilar constitucional da dignidade da pessoa humana intenta garantir que cada indivíduo receba tratamento cujo a importância seja maior que as instituições criadas por ele próprio, como o comércio, a imprensa e o próprio Estado.

Assim, tem-se uma matéria que exige especial atenção e equilíbrio por parte dos julgadores, tendo em vista que, conforme destacado anteriormente, uma imprensa livre é primordial para a manutenção de uma democracia, de forma que a vedação à disseminação de qualquer tipo de material jornalístico deve ser analisada com muito cuidado.

É essencial, ante o exposto, que o magistrado responsável pelo caso concreto tenha sensatez e discernimento ao apreciar uma lide que envolva qualquer tipo de pedido que restrinja a veiculação de informações, vedando apenas a publicação de conteúdo verdadeiramente desprovido de interesse público e que ofenda diretamente a honra e a imagem de alguém.

Deste modo, está evidente que, por mais basilares que as liberdades de informação, de expressão e a liberdade de imprensa sejam para a sustentação de um ecossistema democrático, esses princípios não devem ser avultados de forma excessiva, sob pena de serem exercidos de maneira desmedida, à custa do definimento de outros valores de igual ou maior importância.

3 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICA

Um artigo publicado em julho de 2010 no New York Times¹⁸ expressa de forma clara as razões para a preocupação com o direito ao esquecimento na sociedade da informação. Intitulado provocativamente de “*The Web Means the End of Forgetting*”¹⁹, o artigo escrito por Jeffrey Rosen destaca a relevância de mecanismos tão poderosos quanto a internet na sociedade moderna e, no mesmo passo, mostra como essas ferramentas podem causar sofrimento a indivíduos, vez que a informações e imagens uma vez inseridas na rede mundial de computadores, lá permanece indefinidamente, com regulação ineficaz, quando esta sequer existe.

O supramencionado artigo se aprofundou na contradição da chamada era de informação, tendo em vista que se tem a impressão geral de que se caminha para uma sociedade mais conectada e permissiva, sendo isso, em parte, graças às evoluções tecnológicas como a internet, que permite encurtar distâncias e facilitar a criação de laços, mas que, ao mesmo tempo, em razão de textos e imagens feitas até pelos próprios usuários, o contrário também pode ocorrer:

“É comum dizer que vivemos em uma era permissiva, com segundas chances infinitas. Mas a verdade é que, para muitas pessoas, memória permanente do banco da Web significa que cada vez mais não há uma segunda chance – sem oportunidades para escapar de uma letra escarlate em seu passado digital. Agora, a pior coisa que você já fez muitas vezes é a primeira coisa que todo mundo descobre sobre você”.²⁰

As diferenças entre as dificuldades de aplicação do direito ao esquecimento nos diversos meios de comunicação em massa serão devidamente comparadas e estudadas mais a fundo, contudo, *a priori*, evidente que a regulação desse instituto na

18 ROSEN, Jeffrey. The Web Means the End of Forgetting. 2010. Disponível em <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0> Acesso em: 13 de abril de 2017.

19 Tradução direta para a ‘web’ significa o fim do esquecimento.

20 Tradução direta de “*It’s often said that we live in a permissive era, one with infinite second chances.*”

But the truth is that for a great many people, the permanent memory bank of the Web increasingly means there are no second chances — no opportunities to escape a scarlet letter in your digital past. Now the worst thing you’ve done is often the first thing everyone knows about you”.

internet se mostra o mais complexo, dada a própria natureza da rede mundial de computadores.

Diante disso, surgem diversos questionamentos acerca do direito ao esquecimento na ordem jurídica: quem seria responsável por regular tal direito? Quais formas podem ser utilizadas para que este seja efetivamente garantido? Considerando a relativa novidade deste instituto, existe legislação aplicável se este for invocado? Seria o direito ao esquecimento instituto essencial comparável à dignidade da pessoa humana? Todas essas questões serão analisadas no presente capítulo.

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um preceito muito holístico, logo, existe uma enorme complexidade para elaborar uma definição específica que o traduza corretamente. Para Maurício Freire Soares, tal definição nunca será alcançada, nas palavras do autor:

“Ocorre que, como a condição ontológica do ser humano é de um ser mutável, dinâmico e submetido aos influxos histórico-sociais, o conceito de dignidade da pessoa humana não será propriamente lógico-jurídico, porquanto não se pode defini-la em termos universais e absolutos. A delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser buscada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmação dos valores que integram a experiência concreta e permanentemente inconclusa dos direitos humanos fundamentais”²¹.

Este princípio possui fonte nos direitos, liberdades e garantias individuais, assim como nos direitos sociais, econômicos e culturais compartilhados por todas as pessoas.

21 FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. O Discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6147246_665001872>. Acesso em: 16 de maio de 2017. p.

Dessa forma, extrai-se a ideia de que qualquer pessoa, simplesmente por se tratar um ser humano, deve ser considerada titular de dignidade. Dessa forma, a dignidade deve ser compreendida como característica ou condição intrínseca a todos, isto é, trata-se de atributo que resulta da própria condição de ser humano.

Conforme os ensinamentos do Professor Humberto Nogueira Alcalá, acerca do direito constitucional latino-americano, o instituto protetor da dignidade da pessoa e dos direitos humanos como arcabouço de toda a ordem constitucional latina pode ser verificado na grande maioria das cartas maiores²². Sendo assim, a dignidade é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável de todo e qualquer ser humano, como preconizado pelo referido autor:

*“Um elemento que qualifica o indivíduo como tal, sendo uma qualidade integral e inalienável da condição humana. Ela deve ser assegurada, respeitada, garantida e promovida pelo Estado e pela ordem jurídica internacional, sem que possa ser retirada de qualquer pessoa pelo ordenamento jurídico, sendo inerente ao humano por natureza; ela desaparece por mais vil que seja a pessoa, seu comportamento ou ações”.*²³

O trecho supracitado é confirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, já em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem atuar uns com os outros em um espírito de fraternidade”.

A dignidade da pessoa humana também possui posição de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo fundamento de todo o texto constitucional, conforme seu artigo 1º, III:

²² ALCALÁ, Humberto Nogueira. Derechos Fundamentales y garantías Constitucionales. Santiago: Librotecnia, 2010, p. 13.

²³ Tradução direta de “un elemento que cualifica al individuo em cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja que sea la persona em su conducta y sus actos”.

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III) a dignidade da pessoa humana”;

Destarte, o presente instituto é o principal fundamento do direito de ser esquecido, tendo em vista que o direito de esquecer pretende proteger a dignidade da pessoa frente a notícias, fotos ou qualquer informação sendo publicada que esteja lhe causando prejuízos.

Por outro lado, sendo a dignidade da pessoa humana princípio-matriz de todo o texto constitucional e de todos os direitos fundamentais, as liberdades comunicativas também são fundadas sob este mesmo princípio. Afinal, o poder de se comunicar com seus iguais é uma atividade essencial do indivíduo, sendo tal possibilidade essencial para o completo exercício da cidadania, podendo exprimir ideais, princípios e inspirações.

Destarte, a vedação da livre expressão também comporta flagrante ataque ao princípio da dignidade humana, momento em que estaria sendo suspenso o direito de individualidade do cidadão, sendo este estripado de sua personalidade. Nesse sentido, em seu voto na ADPF 187 o Ministro Luiz Fux ressaltou que o “exercício da liberdade de expressão se põe como relevante aspecto da autonomia do indivíduo, concebida, numa perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana”.²⁴

Dessa forma, se não forem reconhecidos os direitos da personalidade à pessoa, conforme direito previsto e constitucionalmente garantido, está sendo vedada a sua própria dignidade, vez que trata-se aqui do mínimo existencial, base central da dignidade da pessoa humana. Sobre a conexão implícita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, Ingo Sarlet ensina:

[...] é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar do Constituinte neste particular, a

²⁴ ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011.

*consagração – ainda de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa.*²⁵

Ante a exposição do professor, se faz pertinente considerar que a conexão entre a dignidade e a personalidade é indissociável, por se tratar da valorização do indivíduo tão somente pelo que ele é que surgiram os direitos da personalidade. A partir disso, é possível aferir que a dignidade da pessoa humana é o cerne da personalidade e que os direitos da personalidade são pertinentes à tutela do núcleo essencial da pessoa humana.

3.2 Os Direitos da Personalidade e suas ramificações

Os direitos da personalidade são fundamentais à conservação da dignidade humana, porque sua idealização tem o objetivo de prevenir que qualquer pessoa seja submetida a situações desrespeitosas, tanto pelo Estado quanto por seus iguais.

Mas, afinal, o que seriam então os direitos da personalidade? Segundo Carlos Alberto Bittar, são: “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”²⁶.

Estes “outros tantos” seriam os direitos inerentes ao indivíduo, decorrentes de sua própria estruturação física, mental e moral, e devem ser entendidos como próprios da pessoa em si, próprios de sua natureza, como ser humano, com o nascimento, e

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 85.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Direito Civil na Constituição de 1988, 2ª ed., São Paulo: RT, 1991. p. 1

referentes às suas projeções para o mundo exterior, em seu relacionamento com a sociedade enquanto ente moral e social.²⁷

Em suma, os direitos da personalidade são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, estando atrelados a todos indivíduos a partir de seu nascimento, tendo este o controle do uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outras particularidades constitutivas de sua identidade.

Assim, possível concluir que os direitos da personalidade têm por causa as formas de ser de cada indivíduo, sejam as condições físicas ou morais da pessoa e o que se busca resguardar com este instituto são os atributos característicos da personalidade do homem, certo que a personalidade é a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte.²⁸

Ademais, a doutrina relaciona os direitos da personalidade com quatro pilares da identidade de qualquer indivíduo, dipostos em prol da pessoa no Código Civil de 2002, sendo estes: o nome da pessoa natural, a imagem, a honra e a intimidade.

A divisão supramencionada foi inspirada na doutrina de Rubens Limongi França, que separa os direitos da personalidade em três blocos maiores. O primeiro bloco trata do direito à integridade física, compreendendo o direito à vida e ao corpo. O segundo bloco diz respeito à integridade intelectual, incluindo a liberdade de pensamento e os direitos autorais. O terceiro e último bloco trata do direito à integridade moral, que incluem as liberdades políticas, a honra, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social. A divisão em quatro pilares facilita o entendimento e o estudo da constituição da personalidade individual apresentada pelo atual Código Civil, que será analisada a seguir.

27 TARTUCE, Flávio. Direito Civil e Constituição. 2004. p. 13.

28 TARTUCE, Flávio. Direito Civil I: Lei de Introdução e Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Editora GEN Método. 2014. p. 120-121

3.2.1 O Direito ao Nome

O direito ao nome civil, da mesma forma que os outros direitos da personalidade, é um valor imprescindível a qualquer indivíduo. Dentre os direitos da personalidade, aceita-se que este é o primeiro a ser aplicado.

Esse importante direito tem previsão expressa no atual Código Civil, nos artigos 16 a 19. Assim, compreende-se que o sobrenome, o pseudônimo e o prenome são direitos essenciais da pessoa natural, veja-se:

“Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

Destarte, o nome é um direito que cada pessoa adquire assim que nasce com vida. O nome é a expressão mais individual da personalidade do indivíduo, é um elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa.²⁹

Toda pessoa tem, por natureza, o desejo de conviver em grupo, buscando melhores resultados e procurando sempre a sobrevivência da espécie. Nesse sentido, é possível verificar a razão para termos um nome e a importância desse direito, tendo em vista que é este que traz ao ser humano uma identificação única para a existência em grupo.³⁰

No mesmo sentido ensina o exímio professor Silvio Venosa, ao entender que o nome é uma forma de individualização da pessoa num contexto social, incluindo

29 NADER, Paulo; Introdução Ao Estudo Do Direito, 36. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015. p. 292.

30 GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito Civil Brasileiro, 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 148.

depois de sua morte. Aduz o autor que sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a empresas, barcos, aviões, avenidas, parques, acidentes geográficos etc. O nome é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com outros atributos da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade”.³¹

Além disso, considerando a perspectiva do Direito Público, o nome garante ao Estado uma forma de identificar seus cidadãos, razão pela qual este resguarda na legislação a relativa imutabilidade do nome, permitindo sua alteração apenas em casos específicos, sendo necessária a comprovação da existência de constrangimentos ou problemas causados pelo nome atual.

Nesse sentido, a Lei dos Registros Públicos tem disposição expressa permitindo a correção de evidente erro de grafia de qualquer registro, inclusive do nome civil, processando-se no próprio cartório onde se encontrar o assentamento. A Lei 12.100/09 alterou a redação desse artigo para permitir maior abrangência, não se limitando a correção a mero erro de grafia como na redação original.

Além das situações de praxe, como o casamento, também é permitida a alteração do nome que leve à situação eventualmente constrangedora e passível de exposição ao ridículo e a adoção de substituição do prenome por apelido público notório atende por pessoas reconhecidamente famosas, cabendo ao juiz analisar o caso concreto e avaliar a notoriedade do apelido.

Dessa forma, evidente que o direito ao nome civil, formado pelo prenome e sobrenome, tem o simples, mas imprescindível objetivo de garantir a individualização e a identificação de cada pessoa, sendo este um pilar essencial do direito da personalidade, que garante o exercício regular dos direitos e do cumprimento das obrigações, sendo resguardado ainda pela legislação o direito a um pseudônimo, se o indivíduo for um escritor.

31 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 210

3.2.2 O Direito à Imagem

A expressão “imagem” significa a representação de uma pessoa ou uma coisa pela pintura, a escultura, o desenho, as feições etc, ou seja, está relacionada à forma de identificar dado indivíduo ou objeto. No caso de uma pessoa, costumam ser analisadas características fisionômicas como olhos, nariz, boca, busto etc.

Esse importante direito é resguardado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X, onde é tutelado integralmente o direito à imagem individual, sendo este separado em três diferentes elementos: a imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem-voz, conforme ensinado pelos ilustríssimos professores Cristiano de Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

*“A imagem-retrato refere-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é o seu pôster, a sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático - uma pintura - quanto no dinâmico - um filme -, conforme proteção dedicada pelo art. 5º, X, da Constituição da República. Noutro quadrante, a imagem- atributo é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e da identificação social de uma pessoa. Diz respeito, assim, aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados que permitem identificá-la. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral. Já a imagem-voz concerne à identificação de uma pessoa através de seu timbre sonoro. Aliás, sem dúvida, a personalidade de alguém não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas”.*³²

Não deve ser esquecido que, apesar da supramencionada divisão, o direito à imagem apresenta-se em forma única e integral, sendo somente que delineado em diferentes óticas se enquadram melhor em sua complexa definição.

³²CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 233.

Além disso, ensinam os professores que o direito à imagem é autônomo e independente, não estando submetido à honra ou privacidade e, sequer, à exploração econômica, inclusive essa autonomia conceitual é constitucionalmente reconhecida pela Constituição Federal, merecendo proteção específica, independentemente de afronta à honra ou à privacidade.³³

Dessa forma, evidente que o direito à imagem é um direito personalíssimo, porque tem o objetivo de resguardar uma exteriorização da personalidade da pessoa. Apesar de se tratar de uma análise física, este direito se encontra listado entre dos direitos de cunho moral, tendo em vista que, quando este sofre violação, não se trata de danos à integridade física de alguém, mas incide apenas no âmbito moral.

Assim como os outros direitos da personalidade, o direito de imagem é irrenunciável, inalienável, intransmissível, mas, diferentemente dos outros, este é disponível. Dessa forma, os elementos característicos da imagem de dada pessoa ou sua personalidade física jamais poderão ser alienados, renunciados ou cedidos em definitivo, porém, a imagem poderá ser licenciada a terceiros.

Dessa forma, conforme disposto no art. 20 do Código Civil, verifica-se que o detentor do direito pode dispor de sua imagem ao consentir com a utilização desta por terceiros, sendo garantindo o direito de cessão gratuita ou onerosa, desde que não seja feito de forma genérica ou por tempo indeterminado.

Por fim, importante ressaltar que existe a possibilidade de mitigação do direito à imagem no tocante à manutenção da ordem pública. Trata-se da função social da imagem, tendo em vista que, quando se tratar de notícia de interesse social coletivo, o direito à imagem poderá ser relativizado. No mesmo sentido, existe a mitigação do instituto se tratando de pessoas públicas e celebridades, pois a projeção de suas personalidades extrapolam os seus limites individuais, confundindo-se com o interesse da coletividade. (ROSENVALD, 2014, p. 241-242).

³³CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 233-234.

3.2.3 O Direito à Honra

A honra, assim como a imagem, é uma característica intrínseca à personalidade do indivíduo, sendo essencial sua proteção pelo ordenamento jurídico para garantir a observância do princípio da dignidade pessoa humana. Contudo, enquanto a imagem está relacionada às qualidades físicas únicas de uma pessoa, o direito à honra se preocupa com o prestígio social do indivíduo, com o fim de resguardar sua reputação perante a sociedade.

O conceito de honra foi brilhantemente explicitado pelos professores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal como “a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade tem como resultado o que se convencionou chamar de honra. Noutras palavras, o direito à honra tem pertinência com a projeção social da respeitabilidade e estima conquistada pelo indivíduo no seu ambiente e na sociedade”.³⁴

Dessa forma, evidente a necessidade de proteção deste instituto pelo ordenamento jurídico, vez que resguardar a honra do indivíduo, incluindo seu bom nome e o reconhecimento que possui em seu meio social, é o mesmo que garantir a dignidade do mesmo.

A honra possui duas subclassificações, a honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva está ligada às repercussões físico-psíquicas do próprio indivíduo, ou seja, sua autoestima, enquanto a objetiva está relacionada à repercussão social da honra, ou seja, como a pessoa é vista pela sociedade. Assim, tem-se uma divisão entre o valor moral íntimo do homem e a estima dos outros.

O ordenamento jurídico protege integralmente a honra do indivíduo, tanto em sua forma objetiva quanto subjetiva e, no caso de violação, garante reparação por danos morais em ambos os casos. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de

³⁴CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 252.

Justiça, ao determinar a possibilidade de concretização do dano à pessoa independentemente de dano à sua reputação social, reconhecendo a honra subjetiva e o dano à estima própria inerente à cada indivíduo, conforme o relatório da Ministra Nancy Andrighi:

*“É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios”.*³⁵

Nesse sentido, é importante ressaltar que, via de regra, a legislação, a doutrina e a jurisprudência determinam que o direito à honra deve ser limitado pela condição do fato ser verdadeiro, ou seja, não se verifica violação de direito à honra do indivíduo se o fato imputador for verdade. Além disso, também não se qualifica como violação à honra a difusão de fato que for de interesse público, como a divulgação crimes, quando estes forem verdadeiros. Essas situações são definidas como *“exceptio veritatis”* (exceção da verdade).

Além de previsão no art. 5º, X da Constituição Federal e do Código Civil, a honra também é resguardada pelo Código Penal, que prevê a caracterização do crime contra a honra nos artigos 138 a 140, podendo se dar por injúria, calúnia ou difamação.

O Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), reconhece a proteção à honra, no artigo 11, determinando que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Destarte, evidente a importância do direito à honra como modalidade dos direitos da personalidade, restando completamente compreensível sua proteção pelo ordenamento jurídico.

³⁵ (STJ, Ac. T3 - 3ª Turma. REsp.270.730/RJ, Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.12.00, DIU 07.05.01, p. 139).

3.2.4 O Direito à Privacidade e Intimidade

O direito à privacidade e intimidade é de difícil delimitação. A doutrina não possui um consenso absoluto acerca do que englobaria cada instituto, sendo estes muitas vezes usados como sinônimos. Esse problema surge dada a subjetividade deste direito.

O já mencionado art. 5º, X da Constituição Federal estabelece a intimidade e a vida privada como institutos diferentes, mencionando-os isoladamente. Assim, o legislador utilizou o termo vida privada em sentido estrito, colocando esta como uma das espécies da intimidade, conforme ensinado pelo professor Flávio Tartuce:

“O conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo o segundo um conceito maior e gênero, como demonstra Silmara Juny Chinellato. Assim sendo, de acordo com as lições da Professora Titular da USP, as categorias podem ser expostas por círculos concêntricos, havendo ainda um círculo menor constituído pelo direito ao segredo”.³⁶

Adicionalmente, além da própria diferenciação dentro deste instituto, existe uma dificuldade prática que somente poderá ser avaliada no caso concreto: a diferença e a mutação cultural. Diferentes povos têm tradições e costumes distintos, o que pode acabar resultando em algum mal-entendido, vez que certas condutas podem ser consideradas reprováveis em um local, enquanto são vistas como normais em outros lugares. Além disso, também podem ocorrer erros decorrentes da mutação e evolução que tais valores sofrem com o passar do tempo, ainda que em um mesmo lugar.

Em poucas linhas, a vida privada seria um refúgio impenetrável do indivíduo pela sociedade, devendo ser protegida pelo ordenamento jurídico para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana. É o direito que qualquer pessoa possui de viver a

³⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 7ª ed. São Paulo: Editora GEN Método. 2017. p. 101.

sua própria vida afastado do resto da sociedade, se assim desejar, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa.³⁷

Este importante instituto busca evitar que isto ocorra, vez que se mostra evidente que, tendo em vista que vivemos em uma sociedade hiperinformada, as linhas entre o privado e o público se movem constantemente, com a recorrente violação da intimidade e da privacidade de diversas pessoas diariamente.

Nesse contexto, diversos meios de comunicação, abusando do direito de liberdade de imprensa, invadem a esfera da vida privada, comportamento que se mostra recorrente, causando danos à dignidade dos envolvidos. Esse problema se agrava quando se leva em consideração as condições da sociedade hodierna que, por meio da internet, propaga informações com eficácia inigualável, sendo que na maioria das vezes a informação é repassada sem qualquer controle, podendo ser incorreta ou violar a privacidade alheia.

Nesse cenário, temos a ocorrência das hipóteses que serão aqui analisadas, nas quais a divulgação de informações relativas à pessoa do noticiado, ultrapassam a contemporaneidade e relevância da notícia, causando danos à imagem ou memória do indivíduo.

Diante disso, tendo em vista a atual condição da sociedade, que vive em estado de hiperinformação em tempo integral, com acesso a um oceano de informações e a habilidade de fácil transmissão instantânea, entra em conflito com institutos do direito e torna complexa a aplicação destes, incluindo, como decorrência do princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, o direito ao esquecimento, que será analisado integralmente a seguir.

³⁷ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 244.

3.3 O Direito à Memória e ao Esquecimento

A memória individual é parte essencial da existência de qualquer indivíduo, mas a mesma importância deve ser concedida à memória coletiva, vez que o ser humano, por ser uma criatura intrinsecamente social, depende dessa construção coletiva, composta por informações, ficções e histórias difundidas a em seu perímetro. Essa narrativa é primordial, vez que garante à pessoa uma identidade em sua comunidade.

Nesse sentido, visando resguardar a supramencionada memória, surge o direito ao esquecimento, que advém dos já analisados direitos da personalidade (intimidade, privacidade, honra e imagem) decorrentes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

O principal objetivo prático deste instituto é o de garantir o direito que qualquer indivíduo possui de não ter eventos passados lembrados contra a sua própria vontade, especialmente no tocante a fatos ou eventos trágicos, que lhe causem algum tipo de dano.

Importante ressaltar que o direito ao esquecimento não busca alterar a história, propagar a censura ou impor uma versão diferente de fatos ocorridos, mas simplesmente discute a possibilidade de se regular os mecanismos de disseminação de informação que fazem o uso de fatos pretéritos sem qualquer controle, mais precisamente o modo e a finalidade com que tais fatos são lembrados, evitando que esses canais de informação enriqueçam por meio da exploração de memórias privadas.

Dessa forma, evidente a importância do direito de ser esquecido, vez que as memórias da vida privada de cada indivíduo fazem parte de seu patrimônio, ainda que seja o patrimônio moral, e ninguém tem o direito de publicá-las para ganho próprio sem a autorização de seu titular, causando danos à imagem e memória do indivíduo que se narra a vida.

3.3.1 Conceito e Historicidade

O direito ao esquecimento, nos moldes compreendidos atualmente, é um conceito discutido e colocado em prática inicialmente pela União Europeia, que sempre esteve na vanguarda deste importante instituto. Na América Latina, se iniciou na Argentina, sendo debatido com destaque a partir de 2006, momento em que alguns indivíduos se insurgiram e buscaram concretizar seus desejos de determinar o desenvolvimento de suas vidas de forma autônoma, sem se tornarem reféns perpétuos de seus passados, sendo periodicamente lembrados de ações e eventos específicos que ocorreram no decorrer de suas vidas.³⁸

A ocorrência mais emblemática e dada como a primeira no âmbito europeu foi o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. O caso Lebach ocorreu em 1969, quando foi determinada a condenação de três pessoas em decorrência de uma chacina que resultou na morte de quatro cidadãos alemães. Dois indivíduos foram condenados à prisão perpétua, e um terceiro partícipe a seis anos de prisão. Poucos dias antes deste terceiro terminar sua pena e recuperar sua liberdade, uma emissora de televisão produziu uma dramatização do crime, mencionando o nome de todos os envolvidos. Diante disso, o partícipe buscou uma tutela liminar para impedir a exibição do programa.³⁹

A justiça alemã entendeu que a proteção da personalidade resguardada pela constituição do país não permite que a imprensa se utilize, por tempo indefinido, da pessoa do condenado e sua vida privada, principalmente se isso acarretar um empecilho à sua ressocialização. Com esse entendimento, o Tribunal Constitucional Alemão impediu que o canal exibisse o documentário.

Contudo, a história não terminou por aí, em 1996, foi divulgada a transmissão de um novo documentário que ressuscitaria o caso, e novamente um houve decisão

³⁸ SREEHARSHA, Vinod. Google and Yahoo Win Appeal in Argentine Case. Disponível em <http://www.nytimes.com/2010/08/20/technology/internet/20google.html?_r=0>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>> Acesso em: 15 de maio de 2017.

impedindo que o programa fosse transmitido. Desta vez, contudo, a emissora decidiu por recorrer da decisão e acabou tendo sucesso, vez que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que, desta vez, no documentário não havia elementos para identificar os autores do crime.

Adicionalmente, nesse meio tempo entre as ocorrências do caso Lebach, outro marco deste princípio ocorreu em 1983, na França, quando o “*Tribunal de Grande Instance de Paris*” (tribunal de última instância de Paris), determinou de forma cristalina a aplicabilidade do direito ao esquecimento:

*“(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.”*⁴⁰

Apesar de se discutir o assunto, nesse momento inicial o termo “direito ao esquecimento” ainda não existia, sendo formulado somente em fevereiro de 2007, por Viktor Mayer-Schönberger, professor de Governança e Regulação da Internet na Universidade de Oxford, no Reino Unido.⁴¹

A controvérsia se instaurou acerca do direito ao esquecimento desde seu estado embrionário, vez que muitos criticam a viabilidade de um direito de ser esquecido diante de outros direitos fundamentais, especialmente porque sua aplicação, inicialmente, se dava de forma esparsa e vaga.⁴²

40 Tradução livre para “Attendu que toute personne qui a été mêlée à des évènements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli ; que le rappel de ces évènements et du rôle qu'elle a pu y jouer est illégitime s'il n'est pas fondé sur les nécessités de l'histoire ou s'il peut être de nature à blesser sa sensibilité; Attendu que ce droit à l'oubli qui s'impose à tous, y compris aux journalistes, doit également profiter à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer”.

41 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press, 2009. p. 8.

42 MAYES, Tessa. We Have no Right to be Forgotten Online. Disponível em <<https://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet>> Acesso em: 26 de abril de 2017.

A maior preocupação dos opositores do direito ao esquecimento está ligada ao impacto que este teria nos direitos de liberdade de expressão, de informação e de imprensa, assim como o declínio da qualidade dos meios de comunicação através de possível censura.

O professor Mayer-Schönberger e seu constante debate sobre o assunto trouxe grande visibilidade ao direito de ser esquecido. Assim, esse tema voltou a ser debatido com mais força nos últimos anos diante da recorrência de casos de violação de privacidade na internet, o que não acontecia em tamanha frequência com os meios de comunicação clássicos, dada suas próprias naturezas, conforme analisado a seguir.

3.3.2 O Advento da Internet e o Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento não se aplica exclusivamente aos casos relacionados com a internet, mas este instituto ganhou visibilidade somente nos últimos anos com os avanços tecnológicos no setor de comunicação e a ubiquidade da rede mundial de computadores na sociedade.

Dessa forma, é possível verificar inúmeros casos da evidente necessidade de aplicação do direito de ser esquecido em decorrência de violação de direitos por parte dos meios de comunicação tradicionais, como a televisão, o rádio e o jornal. O próprio caso Lebach, mencionado no tópico anterior, serve como exemplo. Todavia, em razão da própria natureza da internet, os dados uma vez inseridos na rede são incorporados ao espaço digital, saindo completamente do controle de um único indivíduo.

Destarte, num ambiente com infinita capacidade de armazenamento, toda e qualquer informação pode ser lembrada indefinidamente, quando se leva em consideração a facilidade de inserção, acesso global e reprodução do conteúdo disponível na internet. Todas essas características, intrínsecas a rede mundial de computadores, criam um ambiente propício à sistemática violação da memória de

qualquer indivíduo, causando sofrimento a diversas pessoas que gostariam que eventos de seus passados fossem esquecidos.

Importante ressaltar que a internet não cria apenas um cenário perfeito para a violação da memória em si, mas também para a perpetuação do dano, vez que, diferentemente de meios regulares de mídia, como a televisão e o jornal, a internet se mostra exponencialmente mais difícil de regular.

Ainda que o direito ao esquecimento seja reconhecido no caso concreto pelo judiciário, pode ser extremamente difícil impor a decisão judicial e concretizar o direito concedido. Simplesmente não é exequível verificar todos os arquivos em meio virtual, nos quais estivessem armazenadas determinadas informações. Dessa forma, a disseminação viral do conteúdo e a quantidade de usuários da rede tornam a tarefa de impor o direito ao esquecimento na internet inverossímil.

O simples bloqueio de sites não se mostra atitude razoável. Atualmente, a internet tem um papel fundamental na vida de diversos cidadãos. Não pode ser permitido que uma lei exclua um website ou plataforma integralmente tendo em vista um direito individual. É evidente a necessidade da criação de mecanismo coercitivos que permitam a imposição das decisões do judiciário, até porque, como mencionado linhas acima, a capacidade de reprodução e multiplicação de conteúdo na internet é absolutamente incomparável, não seria possível garantir que o conteúdo do site bloqueado não teria sido copiado para dispositivos pessoais e postados novamente em uma plataforma diferente.⁴³

Diante disso, é imperativo o desenvolvimento e implementação de mecanismos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de alguma forma de gerência sobre as suas informações pessoais que não sejam de interesse público. Aqui o “direito ao esquecimento” obtém uma zona legítima para desenvolvimento.

⁴³ VIVIANI, Luís. O Direito ao Esquecimento é Viável no Brasil? Disponível em <<https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-e-viavel-30122015>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

Sendo certo que as maiores dificuldades enfrentadas neste campo são de caráter técnico, diante das conhecidas dificuldades de regulação sobre o ciberespaço.

Nesse sentido, a legislação europeia alterou alguns conceitos dentro do direito ao esquecimento, vez que se mostrou ser surreal a proposta de uma sentença judicial ou legislação conseguir determinar com sucesso a obliteração de informações acerca de eventos passados.

3.3.3 O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Internacional

O direito ao esquecimento está sendo debatido em diversos países ao redor do mundo, vez que o estado atual de sociedade hiperinformada se aplica a grande maioria dos países.

Considerações acerca do direito ao esquecimento, ou “*right to be forgotten*” como é conhecido nos Estados Unidos, pode ser visto em alguns casos americanos, mas merecem destaque os emblemáticos casos *Melvin v. Reid*, e *Sidis v. FR Publishing Corp.*, que tiveram resultados diversos.

Em *Melvin v. Reid* (1931), uma americana foi acusada de homicídio e inocentada, tentando viver uma vida calma e anônima logo em seguida. Contudo, o filme “*The Red Kimono*”⁴⁴, de 1925, recontou sua história sem a sua permissão, resultando na abertura de um processo judicial contra o produtor. A corte entendeu pela procedência dos pedidos, argumentando que qualquer pessoa tem o direito à felicidade, o que inclui a liberdade de ataques desnecessários ao seu caráter ou reputação perante a sociedade, ainda que através de fatos passados verdadeiros.

Por outro lado, em *Sidis v. FR Publishing Corp.*, um homem, que quando criança era visto como um prodígio, mas decidiu passar sua vida adulta de forma anônima, teve sua vida transformada após a publicação de um artigo no jornal “*The New Yorker*”. Contudo, a corte entendeu que existem limites acerca do controle sobre os

44 Tradução: O Quimono Vermelho.

fatos próprios, determinando que havia valor e interesse social no artigo publicado, sendo impossível que uma pessoa simplesmente ignore ou obrigue outras pessoas a ignorar sua condição de celebridade apenas por imposição de sua vontade.

Apesar de se tratar de um assunto que divide opiniões, uma pesquisa indicou que 9 em cada 10 americanos querem alguma forma de exercício do direito de ser esquecido.⁴⁵

O direito de ser esquecido está sendo debatido também em países de terceiro mundo e que possuem menor visibilidade internacional no mundo jurídico. Esse é o caso da Índia que, desde abril de 2016, ganhou visibilidade na área quando a Suprema Corte de Délhi começou a examinar o caso de um banqueiro que requisitou a remoção de suas informações pessoais de sites após problemas conjugais.⁴⁶

Em janeiro de 2017, a Suprema Corte de Karnataka, estado localizado no sul da Índia, aplicou diretamente o direito ao esquecimento no caso de uma mulher que, originalmente, procurou o judiciário para anular um certificado de casamento falso, vez que nunca foi casada. Após a resolução do problema, o pai da requerente entrou com uma ação para remover o nome da filha dos resultados de pesquisa dos casos criminais do tribunal, alegando que, por razões culturais e sociais, ela tinha o direito de ser esquecida, tendo seu pedido aprovado pela Suprema Corte de Karnataka.⁴⁷

Diante disso, a Suprema Corte de Délhi está analisando se o direito ao esquecimento deve ser um padrão legal na Índia e, caso seja entendido que sim, os cidadãos indianos não mais teriam que entrar com processos judiciais para conseguir remover suas informações de bancos de dados virtuais.

45 COFFEE, Patrick. Hey Google: 9 in 10 Americans Want the 'Right to Be Forgotten'. Disponível em < <http://www.adweek.com/digital/hey-google-9-in-10-americans-want-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

46 GARG, Abhinav. Delhi banker seeks 'right to be forgotten' online. Disponível em <<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Delhi-banker-seeks-right-to-be-forgotten-online/articleshow/52060003.cms>> . Acesso em: 05 de junho de 2017.

47 BHATTACHARYA, Arunima. In A First An Indian Court Upholds The 'Right To Be Forgotten' Disponível em <<http://www.livelaw.in/first-indian-court-upholds-right-forgotten-read-order/>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

Diversos outros países estão debatendo a possibilidade da criação de legislação acerca do direito ao esquecimento, com jurisprudência aplicável em países como a Coréia do Sul, África do Sul e a China. Mas os países europeus se encontram na vanguarda do debate acerca do direito ao esquecimento, enquanto o resto do mundo está na infância do debate, discutindo o direito de ser esquecido principalmente para resguardar a memória individual em casos na esfera do direito penal, já existe jurisprudência na corte europeia acerca da aplicação do direito ao esquecimento para registro de empresas.

A supramencionada decisão foi proferida pela Corte Europeia de Justiça em março de 2017, que adotou o entendimento de que o direito ao esquecimento não se aplica aos registros de empresas, determinando que uma empresa não tinha o dever de pagar indenização por disponibilizar dados que conectavam um indivíduo à falência empresarial.⁴⁸

Diversos países europeus possuem decisões que trataram sobre do assunto muito antes da formulação moderna do conceito de direito ao esquecimento. Por exemplo, o já mencionado caso Lebach, assim como o reconhecimento do direito ao esquecimento no Judiciário francês em 1983, com a decisão proferida pelo Tribunal de Paris no caso *Madame M. v. Filipachi et Congedipress*, que cuidou de uma matéria jornalística que relembra um crime que havia ocorrido 15 anos antes.

Destarte, diante de um histórico tão rico, que já tangencia o direito ao esquecimento há décadas, evidente que a União Europeia está em posição de destaque acerca do tema tratado no presente trabalho monográfico.

Nesse contexto, possível aferir que a União Europeia busca concretizar o chamado direito à autodeterminação informativa. Essa autodeterminação é entendida, conforme ensinado por Canotilho, como “a faculdade de o particular determinar e

⁴⁸ MUNIZ, Mariana. Direito ao esquecimento não cabe em registros de empresas. Disponível em <<https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-nao-cabe-em-registros-de-empresas-27032017>> Acesso em: 05 de junho de 2017.

controlar os seus dados pessoais”⁴⁹. Este instituto é previsto na legislação de quase todos os países europeus de forma expressa.

O direito à autodeterminação informativa foi consagrado nas constituições de diversos países, como Portugal, Espanha, Holanda, Alemanha e Grécia. Adicionalmente, muitos países foram além para garantir a eficácia desse direito, criando órgãos autônomos com esse único objetivo, como a *Commission Nationale de L’Informatique et des Libertés* (CNLS) francesa⁵⁰, o *Garante per Protezione dei Dati Personali* (GPDP) italiano⁵¹ e a *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD)⁵².

Adicionalmente, importante ressaltar que a proteção dos dados pessoais foi expressamente consagrada no ordenamento europeu como direito fundamental, conforme pode ser verificado no art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Nesse contexto, em maio de 2014 o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu a histórica sentença favorável a Mario González, advogado espanhol que requereu que o site de buscas Google removesse completamente o registro de seus dados, bem como os resultados de pesquisa para notícias do jornal La Vanguardia, que continham um aviso do Ministério do Trabalho espanhol acerca de um leilão de bens realizado em 1998, para cobrir as dívidas de González.

Apesar de ser um avanço para o instituto, importante ressaltar que a decisão não foi tão drástica quanto pode parecer, vez que somente tem eficácia no âmbito de sites dentro do domínio da União Europeia, e que a determinação alcançou somente o site de buscas, não removendo de fato o conteúdo da rede, sendo possível encontra-lo por acesso direto ao site do jornal.

Para cumprir a sentença da corte, o Google permitiu, por meio de um formulário online, que os interessados solicitassem a supressão de links para sites que aqueles

49 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 468.

50 Comissão Nacional de Informática e das Liberdades

51 Instituto de Proteção de Dados Pessoais

52 Agência Espanhola de Proteção de Dados

considerem possuir dados pessoais desatualizados e informações prejudiciais. Em apenas um dia, 12 mil pessoas fizeram solicitações de remoção.

Desde a supramencionada sentença, a União Europeia promoveu novos avanços, reestruturando sua legislação acerca da matéria em uma resolução recentíssima, de abril de 2016, na qual foi formulada uma série de diretrizes ligadas à proteção de dados no âmbito da internet. O Regulamento 2016/679 do Conselho e Parlamento Europeu⁵³ terá efeitos a partir do dia 25 de maio de 2018, visando proteger a pessoa física em relação ao processamento de seus dados pessoais na internet, assim como o direito de livre circulação destes dados por seus titulares, substituindo a Diretiva 95/46/CE (Regulamentação Geral de Proteção de Dados).⁵⁴

A supramencionada alteração legislativa traz uma mudança importante, que pode ser compreendida pela leitura dos tópicos anteriores: o termo “direito ao esquecimento” talvez não seja a melhor nomenclatura para o instituto. Esse entendimento advém do fato que sua imposição pelo judiciário é impossível nas condições atuais. Assim, o Regulamento 2016/679 altera o termo ‘esquecimento’ para ‘apagamento’, por entender que este é mais apropriado para o que a legislação propõe.

Destarte, especialmente no tocante ao *“General Data Protection Regulation”* (GDPR), o que a Diretiva Europeia de 1995 chamava de *“right to be forgotten”* (direito ao esquecimento), passou a se chamar *“right to erasure”* (direito ao apagamento; de ser apagado). Verifica-se, assim, que o novo regramento está imbuído de uma maior preciosidade técnica ao impor uma conduta verdadeiramente objetiva (deletar), se afastando de um comportamento subjetivo (esquecer).

As diretrizes da nova regulamentação buscam garantir que todo cidadão deve possuir, diante dos provedores de acesso à internet, o direito de retirar dados pessoais que já perderam sua finalidade original, que foram disponibilizados sem o consentimento de seu titular, que perderam o consentimento posteriormente por

53 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

54 Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

alguma inconveniência, ou, por fim, quando determinado fato veiculado não mais condisser com os tempos atuais diante da perda da verossimilhança. Veja-se:

“Qualquer pessoa deve ter o direito de retificar os dados pessoais que lhe dizem respeito, exercendo um 'direito ao esquecimento digital', quando a apresentação desses dados não estiver em conformidade com esta regulamentação. Em particular, os indivíduos devem ter o direito de ter seus dados apagados e não divulgados, quando tais dados não forem necessários para a finalidade para que foram recolhidos ou quando as pessoas de que se tratam retirarem o consentimento dado anteriormente, ou quando estas se opõem à maneira com a qual estão sendo utilizados os dados pessoais que lhes dizem respeito ou mesmo quando o tratamento dos seus dados pessoais não está em conformidade com o presente regulamento”.⁵⁵

Assim, evidente que no âmbito internacional o direito ao esquecimento avança em passos largos em diversos países ao redor do globo, principalmente no contexto europeu, servindo como objeto de análise para outras nações que esteja iniciando seus debates acerca do assunto, como o Brasil, que terá sua posição sobre o tema analisada a seguir.

3.3.4 O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diante de tudo explanado até o presente momento, é possível verificar que o direito ao esquecimento é um instituto que advém dos dispositivos que asseguram a defesa da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assim como da tutela do princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

⁵⁵Tradução livre de: “Toute personne devrait avoir le droit de faire rectifier des données à caractère personnel la concernant, et disposer d'un ‘droit à l’oubli numérique’ lorsque la conservation de ces données n’est pas conforme au présent règlement. En particulier, les personnes concernées devraient avoir le droit d’obtenir que leurs données soient effacées et ne soient plus traitées, lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été recueillies ou traitées, lorsque les personnes concernées ont retiré leur consentement au traitement ou lorsqu’elles s’opposent au traitement de données à caractère personnel les concernant ou encore, lorsque le traitement de leurs données à caractère personnel n’est pas conforme au présent règlement”. (UNIÃO EUROPEIA.

Parlement Européen. Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures. *Projet de Rapport*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 29 de novembro de 2016.

Destarte, tendo em vista que é considerado uma derivação dos direitos da personalidade e da dignidade humana, é possível verificar que o direito ao esquecimento tem legitimidade constitucional e legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, III, e 5º, X) e pelo Código Civil de 2002 (art. 21), possuindo ainda julgados favoráveis que fortalecem a tese do direito de ser esquecido.

O assunto foi tratado inicialmente pela jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento dos Recursos Especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, sendo os dois da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O REsp 1.334.097/RJ cuidou do caso de um dos acusados de ter participado do episódio conhecido como a Chacina da Candelária, em 1993. Neste caso, o acusado, apesar de ter sido inocentado das acusações, teve sua vida desnorтеada após uma emissora de televisão produzir um documentário sobre o ocorrido, deferindo novamente o seu nome como um dos partícipes. Assim, o indivíduo ingressou com ação de indenização, tendo em vista que, com a exposição de sua história pessoal em rede nacional, sua imagem foi repentinamente alterada na comunidade onde residia, sendo sua reputação substituída pela narrativa de que ele seria um assassino, com evidente violação de seu direito à paz, anonimato e privacidade. Alegou ainda que foi obrigado a abandonar sua casa, para resguardar sua segurança e a de sua família.

Por outro lado, o REsp 1.335.153/RJ cuidou do caso relacionado à família de Aída Curi, que foi estuprada e morta em 1958. A mesma emissora do caso anterior produziu uma simulação dos eventos ocorridos na década de 1950, apresentando o nome da vítima e chocantes fotos reais do caso. A família da vítima entrou com ação contra a emissora, por entender que não havia necessidade alguma de se produzir aquele documentário, vez que a história era de muitos anos atrás, não tendo qualquer relevância para a população em geral, servindo apenas para ressuscitar terríveis lembranças do ocorrido, junto com todo sofrimento que a situação incorre.

Os dois casos foram julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a tutela do direito ao esquecimento pelo ordenamento brasileiro, sendo certo que as partes tinham o direito de não serem objeto das produções da mídia televisa.

Ademais, outro emblemático caso brasileiro, no qual pode ser verificada a existência de conflito entre o direito de ser esquecido e a liberdade de imprensa é chamado “Caso Doca Street”. No qual Raul Fernando do Amaral Street foi condenado a 15 anos de prisão pelo assassinato de Ângela Diniz em 1976. A mesma emissora dos casos anteriores produziu um documentário acerca do caso, ressuscitando o ocorrido na memória da população.

Diante disso, Doca Street buscou a justiça do Rio de Janeiro visando a condenação da emissora por reparação por danos morais, pretensão que viu ser concretizada. Foi o entendimento do Tribunal de Justiça que houve patente abuso da emissora, vez que o acusado já havia cumprido pena e sido reintegrado à sociedade, não cabendo a nenhum tipo de mídia enriquecer se utilizando da história tortuosa de alguém, sob a proteção do manto da liberdade jornalística.

Além do reconhecimento jurisprudencial, o direito ao esquecimento vem ganhando tremenda força no âmbito jurídico brasileiro, tanto na doutrina quanto na legislação, merecendo destaque o recente avanço no âmbito do direito civil, com o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJP/STJ⁵⁶, nos seguintes termos:

“ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a

⁵⁶Conselho da Justiça Federal (CJF): órgão autônomo com sede em Brasília-DF, tem como missão promover e assegurar a integração e o aprimoramento humano e material das instituições que compõem a Justiça Federal, como órgão central do sistema, sendo formado por cinco ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelos presidentes dos cinco Tribunais Regionais Federais do país.

possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Nesse passo, a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, ao versar acerca dos direitos e deveres dos usuários na rede mundial de computadores, cuidou, em seu art. 7º, I, do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo a indenização por dano moral. Além disso, o inciso art. 7º, X, menciona expressamente o direito ao esquecimento (ou do apagamento), ao versar sobre o direito do usuário de ter a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver concedido a determinado programa ou site na internet, por meio de simples requisição do titular, quando terminar a relação entre as partes. Veja-se:

“Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

*I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
(...)*

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

Indo além da legislação europeia, a Lei 12.965/14 apresenta um número menor de requisitos para o exercício do direito ao esquecimento. A legislação pátria não apresenta necessidade de qualquer comprovação além da vontade do titular do direito. Destarte, tem-se um direito subjetivo potestativo, vez que o seu exercício independe da vontade de uma das partes.

Apesar dessa previsão, importante ressaltar que o Marco Civil da Internet traz algumas ressalvas. Os provedores não devem excluir imediatamente todos os dados dos requerentes, tendo em vista a necessidade da observação de prerrogativas relacionadas à guarda de informações, conforme previsto na própria lei. Primeiramente, os provedores devem garantir a preservação dos registros de conexão

dos usuários por 12 meses⁵⁷, junto dos acessos aos aplicativos da internet, que vem ser mantidos por 6 meses⁵⁸.

Conforme verificado nos artigos supracitados, a preservação desses registros deve seguir as diretrizes constitucionais de respeito à privacidade. Assim, possível verificar tal preocupação do legislador no art. 23 da mesma lei:

“Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

Assim, verifica-se que o direito ao esquecimento, diante de novos contextos sociais, que se ancoram na conexão imediata e troca de informações em massa, ressurgem com destaque central, cimentando-se como um tema atual e de inegável relevância, principalmente quando se leva em consideração a realidade dos danos causados pelos diversos meios de comunicação, que disseminam fatos e acontecimentos falsos, ou verdadeiros, mas que ressuscitam eventos passados que não possuem nenhum interesse a nível social ou pertinência jornalística, e que trazem sofrimento aos indivíduos que os protagonizaram, com vistas apenas ao ganho próprio.

Desse modo, também é possível verificar que a discussão acerca do direito de ser esquecido (ou apagado) implica, necessariamente, em um choque entre princípios constitucionais, envolvendo, de um lado, a liberdade de informação, expressão e de imprensa, e de outro, as garantias fundamentais que envolvem a personalidade humana, tais como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

57LMCI, art. 13: “Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento”.

58LMCI, art. 15: “O provedor de aplicações de Internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de Internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”.

4 – LIBERDADES COMUNICATIVAS VERSUS DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ante o panorama apresentado até o presente momento, percebe-se que, de um lado, existem as liberdades comunicativas, importantes institutos com proteção constitucional, inerentes ao modelo corrente de sociedade contemporânea. Sendo essenciais, ainda, para a manutenção da democracia em qualquer Estado Democrático de Direito, não podendo, assim, estarem submetidas à censura.

Em contrapartida, existe o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos da personalidade, corolário do direito à imagem, à vida privada, à honra e à intimidade, que também possuem proteção constitucional, advindos do princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, forma-se uma colisão entre direitos fundamentais.

Casos de colisão de direitos fundamentais são frequentemente debatidos por juristas no Brasil e no mundo, vez que, com a mutação e a transformação da sociedade e dos valores associados a esta, surgem novos embates entre direitos já cimentados no ordenamento e novos institutos que surgem com o passar do tempo.

O assunto sempre se mostra polêmico, despertando debates sobre os limites de dados direitos e princípios, assim como os mecanismos e as técnicas aplicáveis em cada caso com o fim de balizar qual direito deve prevalecer em determinados casos concretos.

Assim, mostra-se absolutamente essencial adentrar na apreciação da colisão em si e nos métodos adotados pela doutrina e jurisprudência para a resolução destes embates, sendo imperioso tecer comentários sobre algumas premissas que exercem evidente influência para o presente tema.

4.1 Colisão entre Direitos Fundamentais

A colisão entre direitos fundamentais, em poucas linhas, deve ser entendida como um fenômeno decorrente do exercício de uma garantia constitucional, por parte do seu titular, que se choca com o exercício do direito fundamental, por parte de outro titular. Assim, tem-se uma diversidade de interesse sobre direitos fundamentais de diferentes titulares referentes ao mesmo objeto, fazendo necessária a realização de uma ponderação de interesses.⁵⁹

Diante disso, possível inferir que os direitos fundamentais não são ilimitados, vez que se verifica a possibilidade de limitação legítima em função da colisão de dois ou mais direitos fundamentais que colidem entre si (colisão *stricto sensu*), ou com outro princípio constitucional (colisão *lato sensu*).

Nesse passo, previamente à análise da colisão de direitos fundamentais em si e nos métodos adotados pela doutrina e jurisprudência para a sua solução, imperioso se faz comentar acerca de algumas premissas de suma importância que servem como pano de fundo para o presente tema.

O conflito em destaque a ser analisado no presente trabalho monográfico emerge da própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre contraditórios, que representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o também legítimo interesse de se “fazer revelar”.⁶⁰

Assim, temos de um lado o direito ao esquecimento, que resguarda a proteção da esfera privada do indivíduo, protegendo o direito ao sigilo, anonimato e privacidade; enquanto as liberdades comunicativas buscam trazer informações à tona, disseminando acontecimentos de forma livre. Destarte, evidente que são direitos que seguem em sentido completamente opostos.

59 AVANCI, Thiago Felipe. A Colisão de Direitos Fundamentais: Há Colisão de Direitos Fundamentais? Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-193-Artigo_Thiago_Felipe_S._Avanci_\(A_Colisao_de_Direitos_Fundamentais\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-193-Artigo_Thiago_Felipe_S._Avanci_(A_Colisao_de_Direitos_Fundamentais).pdf)>. Acesso em: 19 de abril de 2017. p. 1.

60 Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1334097/RJ, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

4.2 Técnicas de Solução de Conflitos de Direitos Constitucionais

Diante da situação em tela, quando se leva em consideração uma situação de colisão de direitos fundamentais, quais seriam os métodos utilizados pelos julgadores para solucionar o conflito?

Inicialmente, a técnica clássica para interpretação e aplicação de normas jurídicas foi a subsunção. Essa técnica consiste em um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior incide sobre a premissa menor, sendo a premissa maior as leis, e a premissa menor os fatos. Destarte, na subsunção, o intérprete, após analisar o caso concreto, identifica na legislação a norma mais adequada para lidar com o caso, utilizando de raciocínio lógico para enquadrar os fatos à norma.⁶¹

Entretanto, é fácil perceber que, apesar desse método de raciocínio jurídico permanecer relevante para a dinâmica moderna do Direito, não se mostra satisfatório para suportar todas as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais. Primeiramente, as hipóteses atuais de colisão de normas, assim como no presente caso, permitem a existência de mais de uma norma (direito ao esquecimento *versus* liberdades comunicativas, ou seja, de informação, de expressão e de imprensa).

Diante disso, ensina o Ministro Luís Roberto Barroso que a técnica da subsunção “não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia entre as normas constitucionais”. Veja-se:

“De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior => premissa menor => conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 378.

*importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais”.*⁶²

Como resultado, as formas de interpretação das normas tiveram que evoluir, resultando na criação de técnicas que possibilitassem elaborar uma solução capaz de racionalizar e organizar as normas constitucionais que se mostrassem antagônicas. Dessa forma, a nova forma de raciocínio para analisar esses casos passou a ter uma nova disposição, uma capaz de realizar uma análise multidirecional do ordenamento para aplicar no caso concreto.

Ao tratar de uma antinomia comum, verificada na legislação infraconstitucional, é de conhecimento geral ser possível utilizar três critérios tradicionais de solução: o critério cronológico, o hierárquico e o de especialização. No primeiro, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente. No segundo, a norma de grau superior prevalece sobre aquela de grau inferior. Por fim, no terceiro, o critério de especialidade, se entende que a norma especial prevalece sobre a geral.

Todavia, esses critérios devem ser utilizados para regras, mas não para princípios. Esses parâmetros tradicionais de solução de antinomias não são os ideais quando se trata de colisão entre normas constitucionais, principalmente quando objeto da colisão for um princípio constitucional, vez que se tratam de normas de mesma hierarquia com soluções diferentes. Assim, evidente que não se confunde antinomia jurídica com colisão de direitos, vez que a colisão é absolutamente mais abrangente, envolvendo garantias constitucionais. Nesse sentido, ensina o professor Edilson Pereira de Farias:

“A “colisão de princípios”, ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 379.

*um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro”.*⁶³

Destarte, frente ao panorama moderno de colisão de normas constitucionais, e diante da impossibilidade de aproveitamento das técnicas clássicas de resolução para os conflitos, os intérpretes constitucionais se viram na posição de elaborar novos mecanismos de interpretação constitucional.

Nesse passo, surgiu o que a doutrina convencionou a denominar de ponderação, que, em poucas linhas, consiste em uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores antagônicos, nos quais a aplicação da subsunção se mostrou insatisfatório para a solução da tensão entre eles, sobretudo quando o caso concreto dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diversas e, assim, intransponíveis pelas formas interpretativas de resolução tradicionais.

O Ministro Luís Roberto Barroso descreve a aplicação da ponderação em três passos. Segundo o professor, o primeiro passo se dá no momento em que caberá ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, ocasião em que deverá identificar eventuais conflitos entre elas.⁶⁴

O segundo passo consiste em analisar os fatos concretos do caso e sua relação com a norma. Importante ressaltar a relevância desse passo, vez que será neste momento que os princípios têm o seu conteúdo preenchido de real sentido, ou seja, é por ocasião do exame dos fatos e das circunstâncias do caso concreto e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira etapa, que se poderá apontar como maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2010, p. 381).

⁶³ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996. p. 96

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 380.

Por fim, é na terceira etapa que a técnica da ponderação singulariza-se. Assim, importante ressaltar que, nesse momento, os princípios, em virtude de sua natureza, ao contrário das regras, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista das circunstâncias do caso concreto, sem ter sua validade afetada. Destarte, o julgador irá se dedicar à decisão, realizando um exame junto às normas aplicáveis e às circunstâncias do caso concreto, visando apurar e aplicar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em tensão, demarcando a grupo de normas que deve preponderar no caso. (BARROSO, 2010, p. 381).

Por último, de acordo com Barroso (2010, p. 381), deverá ser decidido o grau de intensidade que as normas persistentes terão em detrimento das demais, ou seja, na possibilidade de graduar a intensidade de aplicação da solução escolhida, deverá ser decidido o grau apropriado da solução a ser aplicada, respeitando e tendo como guia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade é uma garantia constitucional que tem o fim de proteger os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo para resolver problemas de compatibilidade das normas constitucionais. Assim, a proporcionalidade, em *stricto sensu*, é a ideia de que o meio eleito deve ser aquele que, no caso concreto, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.⁶⁵

Assim, é certo que a técnica da ponderação se mostrou o método mais adequado nos últimos tempos pela jurisprudência, inclusive pelo STF (Supremo Tribunal Federal), sendo essa a técnica utilizada corriqueiramente nos pronunciamentos do Tribunal. Nesse passo, evidente que se mostra a melhor opção para solução da colisão analisada no presente trabalho monográfico.

65 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 294.

4.3 Afinal, Existe Espaço Para Acomodar o Direito ao Esquecimento no Brasil?

Como já ressaltado, o direito ao esquecimento possui reconhecimento jurisprudencial, nos termos formulados pelo Superior Tribunal de Justiça em múltiplos julgados, sendo compreendido como instituto compatível com a Constituição de 1988, dada sua proteção aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Adicionalmente, essencial ressaltar o espaço legítimo e incontroverso de aplicação do direito ao esquecimento, este que impulsionou toda essa discussão: a internet. Trata-se aqui do âmbito da proteção dos dados individuais que não possuem qualquer interesse público, principalmente – mas não exclusivamente - na esfera virtual, vez que na atualidade, por conta dos avanços tecnológicos, instituições estatais e privadas possuem formas de obter, armazenar e divulgar informações sobre as pessoas de maneira impensável até algumas décadas atrás.

A viabilidade de vigilância absoluta e permanente, com graves riscos à esfera privada do indivíduo, saiu da ficção e faz parte do mundo real, sendo simples verificar no caso da atuação dos EUA, por exemplo, com seu programa de vigilância total da NSA (*National Security Agency*)⁶⁶ após o atentado de 11 de setembro de 2001. Como contado por Laura Schertel Mendes, o perigo atual *“não se restringe mais à figura do ‘Big Brother’, de Orwell, mas abrange também o setor privado, que utiliza massivamente os dados pessoais para atingir os seus objetivos econômicos”*,⁶⁷ como pode ser observado no âmbito das relações de consumo, por exemplo.

Além disso, se afastando por um momento da questão de coleta de dados sem a autorização de seu titular, importante ressaltar a importância da aplicação do direito ao esquecimento ainda que o detentor das informações as tenha disponibilizado

⁶⁶ Agência de Segurança Nacional

⁶⁷ MENDES, Laura Schertel. *Transparência e Privacidade: Violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, 2008, p. 75.

voluntariamente, por meio de postagens em blogs, sites ou mídias sociais, ainda que tratem de questões particulares, podem acabar ficando permanentemente armazenadas em servidores e páginas virtuais, sendo facilmente acessadas por qualquer um através de sites de buscas, como o Google. Nas palavras de Simón Castellano, *“nossos dados são gravados na rede como se fossem uma tatuagem, que nos seguirá pela vida toda”*.⁶⁸ Uma imagem de um jovem embriagado, disponibilizada em alguma rede social, por exemplo, pode vir a ser a razão para que este seja desconsiderado numa entrevista de emprego realizada muitos anos depois.

Nesse panorama, imprescindível a construção de mecanismos jurídicos que permitam o exercício de algum método de controle sobre os seus dados pessoais que não possuam qualquer interesse público. O “direito ao esquecimento” encontra aqui um campo legítimo e incontroverso para desenvolvimento. Nesse cenário, as maiores dificuldades são de natureza técnica, considerando as complexidades de regulação do ambiente virtual.

Assim, sendo aceita a legitimidade do direito ao esquecimento na ordem constitucional nos últimos tempos, necessária a adoção da ponderação como técnica ideal para a solução da colisão de direitos fundamentais analisada no presente trabalho monográfico, qual seja, direito ao esquecimento *versus* liberdades comunicativas, tensão que surge diante da exibição, publicação ou disseminação de informações pessoais que façam parte do passado de alguma pessoa e que não possuem relevância social, por meio da exibição de programas ou matérias jornalísticas sem a anuência do objeto dos fatos. Assim, nada resta além de aplicar os passos elegidos no tópico anterior para avaliar o direito que deve prevalecer.

Conforme explicitado anteriormente, o primeiro passo da técnica da ponderação consiste na identificação dos institutos envolvidos. No caso em tela, temos o direito

68 CASTELLANO, Pere Simón. “The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate”. Lex Electronica, vol 16.1, Winter 2012, p. 4.

ao esquecimento em tensão com as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, importantes garantias resguardadas pela ordem constitucional.

No segundo passo, examinam-se as circunstâncias do caso. O panorama analisado consiste na divulgação de fatos e acontecimentos pretéritos com ausência total de contemporaneidade e interesse público, sem o consentimento dos indivíduos envolvidos.

É impossível negar o papel de destaque que os meios de comunicação exercem hodiernamente, considerados um dos mais poderosos instrumentos de formação da opinião, sendo alicerces de qualquer Estado Democrático de Direito. Destarte, é possível verificar que as liberdades de informação, de expressão e de imprensa são prerrogativas indispensáveis ao exercício da democracia e ao desenvolvimento dos povos, como se verifica na Constituição Federal de 1988, que defende uma imprensa verdadeiramente livre. O Texto Constitucional, diante de tamanha importância, retém uma seção normativa inteira para resguardar a liberdade de manifestação de informação jornalística e os meios de comunicação social (art. 220), assim como os incisos IV, IX e XIV, do art. 5º.

Por outro lado, tanto os autores de atos criminosos em processo de ressocialização, assim como as vítimas e seus familiares possuem o direito de viverem suas vidas sem serem perseguidos por seus passados, impedindo que acontecimentos passados, sem nenhum resquício de contemporaneidade e interesse público, sejam injustificadamente lembrados, trazendo memórias de momentos dolorosos. Assim, verifica-se que o direito ao esquecimento é um instituto decorrente da proteção constitucionalmente assegurada da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, assim como do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo assegurado pela Constituição Federal (arts. 1º, III, e 5º, X) e pelo Código Civil (art. 21).

Diante desse cenário, parte-se agora para a aplicação do terceiro passo, no qual as diferentes normas e o caso concreto serão analisados juntamente, objetivando mensurar os pesos atribuídos aos diversos elementos em colisão e, somente então, alcançando uma solução para o conflito. É somente nesse momento que a ponderação se realiza.

É cediço que no Brasil a história das liberdades comunicativas possui períodos sombrios, por conta de golpes de Estado, ilegalidades e efeitos de dois governos ditatoriais. Ao fim desse período sombrio e com o advento da Constituição Federal de 1988, as liberdades de informação e de expressão passaram a possuir o seu devido legal no ordenamento jurídico, assim como a imprensa, que assumiu papel de extrema importância na sociedade atual.

Todavia, ainda considerando a quebra do paradigma anterior com a atual Carta Maior e a relevância dos meios de comunicação hodiernamente, não é possível permitir hipertrofiar a liberdade de informação, de expressão e de imprensa em detrimento de valores inerentes à constituição da pessoa humana. Assim, é incontestável que as liberdades comunicativas não são absolutas, encontrando limitações expressas na própria Constituição, como se verifica no art. 220, §1º:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Nesse mesmo sentido, o §3º do art. 222, determina que *“os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221”*, destacando-se o inciso IV, que determina o *“respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”*, verificando-se a evidente intenção do constituinte de tutelar o respeito à dignidade pessoal e aos valores da família como limitações à liberdade de

informação, de expressão e de imprensa. Outrossim, a Constituição também afirma, em seu art. 5º, X, que *“são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*. Diante disso, evidente o fito do constituinte de estabelecer como regra a inviolabilidade dos direitos personalíssimos, assegurada ainda a indenização nos casos em que não for possível obstar a divulgação da matéria ou notícia lesiva ao indivíduo.

Nesse contexto, verifica-se que os limites constitucionais impostos às liberdades comunicativas frente a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Constituição Federal de 1988.

Os opositores ao direito ao esquecimento muito discursam acerca do dano causado à liberdade de informação e do interesse público que justificariam a disseminação desses acontecimentos pretéritos, principalmente nos casos notórios de atos delituosos. Contudo, esse argumento cai por terra após simples análise, vez que o direito ao esquecimento busca tutelar os casos que envolvem a divulgação de acontecimentos passados sem nenhuma contemporaneidade da notícia. Afinal, qual seria o interesse público atual em desenterrar casos ocorridos 30, 40 ou até 50 anos atrás? Mas do outro lado da disputa existe um inquestionável dano sendo causado, em virtude do alto poder de propagação das notícias que podem reabrir feridas antigas, como é o caso das vítimas e seus familiares, ou, podendo até mesmo reacender a desconfiança da sociedade quanto à índole do autor do delito já em processo de ressocialização, e daquele indivíduo considerado inocente, mas que teve o seu nome vinculado ao fato, como foi no caso da Cachina da Candelária.

Destarte, o interesse público deve ser diferenciado do interesse do público, que acaba por gerar uma máquina midiática que explora a imagem privada para obtenção de lucros. É claro que atos criminosos atuais e notícias necessárias para resguardar a saúde pública ou a segurança nacional têm preferência sobre a garantia da

privacidade, mas esse não é o caso sendo analisado no presente trabalho. Da mesma forma, não se trata aqui de pessoas que escolheram adquirir uma “personalidade pública”, e sim de vítimas das circunstâncias que não buscaram qualquer notoriedade, não devendo ser comparadas com pessoas que possuem seu direito de imagem relativizado em decorrência de seus trabalhos ou por escolha própria.

Outra característica importante que deve ser considerada no conflito examinado, é comprometimento da historicidade do fato frente ao direito de ser esquecido, onde se alega que crimes e criminosos históricos poderiam simplesmente sumir da história local de uma cidade, estado ou país. É evidente que a historicidade tem seu devido lugar na sociedade, faz parte do seu patrimônio imaterial. No entanto, esse argumento deve ser considerado com cuidado, vez que a imprensa moderna não age toda vez com o objetivo de informar a população de forma imparcial, mas sim sob uma perspectiva comercial, visando os lucros decorrentes de altos índices de audiência, desconsiderando as pessoas que serão afetadas pelas suas publicações.

Nesse passo, esse aspecto deverá ser analisado caso a caso, sendo evidente que os familiares de algum criminoso notório, como o gângster ítalo-americano Al Capone, não poderiam exercer o direito ao esquecimento, vez que a personalidade do criminoso e os fatos transcorridos estão integralmente ligados a história do país. Mas o mesmo não pode ser dito do pobre indivíduo que precisou sair de sua comunidade no Rio de Janeiro, após ter seu nome ligado à Chacina da Candelária, ato pelo qual já havia sido inocentado anos antes pelo judiciário.

Assim, por óbvio que a historicidade de determinados fatos não deve acobertar a atitude de certos meios de comunicação, fornecendo permissão irrestrita para que os fatos e as pessoas neles envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo.

Ante todo o exposto, para fins de resolução da colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdades comunicativas, nos parâmetros discutidos no presente trabalho monográfico, procurando-se uma harmonização dos institutos, e acreditando que nessa hipótese onde ambos os valores estariam sendo plenamente resguardados, a melhor solução seria a atenção dos meios de comunicação de divulgar acontecimentos sem relevante interesse público ocultando características identificadores relacionadas ao indivíduo, como o nome e aparência física. No mais, surgindo um eventual impedimento de se noticiar o fato a possibilidade de omissão do autor ou vítima, utilizando-se da técnica da ponderação, mensurando os interesses em jogo, conclui-se pelo prevalecimento do direito ao esquecimento em detrimento das liberdades comunicativas, quando evidente a falta de interesse público.

Essa conclusão apresenta-se adequada diante do ordenamento jurídico brasileiro e da Constituição Federal de 1988 que, como explanado ao decorrer do presente trabalho, dão preferência aos direitos da personalidade nos casos aqui tratados, sendo patente a limitação das liberdades comunicativas nessas hipóteses.

Por fim, insta salientar que o presente trabalho monográfico não busca restringir ou censurar os meios de comunicação, vez que os direitos à liberdade de informação, de expressão de imprensa são o oxigênio da democracia e alicerces do Estado Democrático de Direito. Mas, diante de uma análise objetiva, restou evidente que tais liberdades não são absolutas.

Nesse mesmo sentido, como já explicitado em linhas anteriores, não é o direito ao esquecimento ou qualquer outro direito da personalidade absoluto, vez que não prevalecerão em todas as hipóteses de colisão com outros direitos constitucionalmente garantidos, sendo certo que somente uma análise do caso concreto poderá determinar uma solução particular para caso.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual estado da sociedade moderna, no que se convém chamar de era da informação, as pessoas têm o direito de serem “esquecidas”, de apagar registros de dados pessoais ou de impedir a veiculação ao público em geral de fatos ocorridos no passado? A resposta é complexa, envolvendo o equilíbrio entre dois princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: o direito à privacidade e o acesso público à informação.

Assim, levando em consideração essa nova realidade social, na qual qualquer informação se difunde com velocidade excepcional, através dos diferentes meios de comunicação, dentre eles a internet que, por natureza, não permite o esquecimento. Assim como a realidade de uma mídia tradicional que muitas vezes prioriza do ganho comercial ao invés do respeito à ética e imparcialidade jornalística, observa-se que esse ambiente propicia a invocação de novos direitos, tal como o direito ao esquecimento.

Nesse cenário, evidente a necessidade do direito ao esquecimento, que irrompe como um mecanismo para resguardar os direitos daqueles indivíduos que se deparam, corriqueiramente, com a veiculação de acontecimentos pretéritos, com absoluta falta de contemporaneidade e de interesse público que justifiquem sua reiterada divulgação. Como ensina o Ministro Gilmar Mendes:

“Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária”.⁶⁹

69 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 271.

Ressalta-se, novamente, que este entendimento não constitui censura ou representa qualquer perigo as já cimentadas garantias constitucionais ligadas às liberdades comunicativas, muito menos às funções absolutamente essenciais que estas desempenham na sociedade, especialmente considerando a sombria história brasileiro ligada à estes institutos durante os períodos opressivos da ditadura, mas apenas delimitar tais liberdades, vez que, por óbvio, não podem ser desligadas das regras e princípios da Constituição.

A própria Constituição Federal que determina a importância das liberdades comunicativas, dando *status* diferenciado a liberdade de informação e de expressão, assim a liberdade de imprensa, o faz apresentando diversas orientações que devem ser seguidas durante o exercício dessas liberdades. Assim, evidente que estes direitos e garantias, apesar de resguardados pelo Texto Constitucional, não são absolutos e ilimitados.

O direito ao esquecimento garante apenas a possibilidade de discutir o uso que é dado aos eventos pretéritos nos meios de comunicação social, principalmente nos meios eletrônicos. É possível verificar pelo exposto no presente trabalho monográfico que este instituto não atribui a ninguém o direito de apagar completamente fatos passados ou reescrever a própria história, mas apenas de não ter esses acontecimentos divulgados reiteradamente quando não possuírem qualquer relevância social.

Não há que se falar também da perda da historicidade nacional diante da aplicação do direito ao esquecimento, vez que no caso concreto, isso será devidamente analisado pelo julgador. Como ressaltado pelo Ministro do STJ Luis Felipe Salomão: “ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo” (REsp 1.334.097).

Assim, levando em consideração os danos causados aos objetos destas notícias, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento e lente por qual todas as normas devem ser interpretadas, impossível permitir a utilização pela mídia de acontecimentos trágicos, com absoluta falta de contemporaneidade e desprovidos de interesse público e historicidade. Afinal, qual seria o motivo de relembrar casos ocorridos 30, 40 ou 50 anos atrás? Como se justifica o interesse público que permitiria a difusão de matéria acerca de um acontecimento esquecido há décadas, que já não mais faz parte da memória de ninguém, além daqueles envolvidos? A resposta é simples: não existem razões ou justificativas.

Ante todo o exposto, para fins de resolução da colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdades comunicativas, nos parâmetros discutidos no presente trabalho monográfico, procurando-se uma harmonização dos institutos, e acreditando que nessa hipótese onde ambos os valores estariam sendo plenamente resguardados, a melhor solução seria a atenção dos meios de comunicação de divulgar acontecimentos sem relevante interesse público ocultando características identificadoras relacionadas ao indivíduo, como o nome e aparência física.

No mais, surgindo um eventual impedimento de se noticiar o fato a possibilidade de omissão do autor ou vítima, utilizando-se da técnica da ponderação, mensurando os interesses em jogo, conclui-se pelo prevalecimento do direito ao esquecimento em detrimento das liberdades comunicativas, quando evidente a falta de interesse público.

Por fim, conclui-se que o direito ao esquecimento não se sobrepõe ao direito à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, apenas salienta que existem limitações para essas prerrogativas. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de superinformacionismo, sendo certo que ainda há muito espaço para o amadurecimento do assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o esquecimento de determinado fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 148.
- DE FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada, a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- MARX, Karl. **Liberdade de Imprensa**. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998
- SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Cultrix, 1977.
- CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil I: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Editora GEN Método. 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7ª ed. São Paulo: Editora GEN Método. 2017.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton University Press, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo Do Direito**, 36. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos Fundamentales y Garantias Constitucionales**. Santiago: Librotecnia, 2010.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil na Constituição de 1988**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE CALASANS MELO ANDRADE, Diogo. QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO, Marcela. **Direito ao Esquecimento como Direito da Personalidade vs. Liberdade de Expressão como Direito à Informação: Ponderação entre Direitos Fundamentais com a Aplicação da Proporcionalidade e Razoabilidade**. Interfaces Científicas – Direito. Vol. 4, nº 02, 2016.

DA SILVA, Lucas Gonçalves. CERQUEIRA, Ermelino Costa. **Atualidade dos Fundamentos Liberais da Liberdade de Expressão para o Regramento da Mídia Contemporânea**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6147246665001872>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

VIVIANI, Luís. **Direito ao esquecimento é viável no Brasil?**. Disponível em <<https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-e-viavel-30122015>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

AVANCI, Thiago Felipe. **A Colisão de Direitos Fundamentais: Há Colisão de Direitos Fundamentais?**. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-193-Artigo_Thiago_Felipe_S._Avanci_\(A_Colisao_de_Direitos_Fundamentais\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-193-Artigo_Thiago_Felipe_S._Avanci_(A_Colisao_de_Direitos_Fundamentais).pdf)>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

MUNIZ, Mariana. **Direito ao esquecimento não cabe em registros de empresas**. Disponível em <<https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-nao-cabe-em-registros-de-empresas-27032017>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. **O Discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6147246665001872>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

SREEHARSHA, Vinod. **Google and Yahoo Win Appeal in Argentine Case** Disponível em <http://www.nytimes.com/2010/08/20/technology/internet/20google.html?_r=0>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

COFFEE, Patrick. **Hey Google: 9 in 10 Americans Want the 'Right to Be Forgotten'**. Disponível em <<http://www.adweek.com/digital/hey-google-9-in-10-americans-want-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

GARG, Abhinav. **Delhi banker seeks 'right to be forgotten' online**. Disponível em <<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Delhi-banker-seeks-right-to-be-forgotten-online/articleshow/52060003.cms>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

MAYES, Tessa. **We Have no Right to be Forgotten Online** Disponível em <<https://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet>>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

BHATTACHARYA, Arunima. **In A First An Indian Court Upholds The 'Right To Be Forgotten'** Disponível em <<http://www.livelaw.in/first-indian-court-upholds-right-forgotten-read-order/>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

ROSEN, Jeffrey. **The Web Means the End of Forgetting**. 2010. Disponível em <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0> Acesso em: 13 de abril de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>> Acesso em: 15 de maio de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil e Constituição**. 2004. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjS6uzqkfXTAhVFF5AKHaUZBGgQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_setembro2004%2Fconvidados%2Fconv02.doc&usq=AFQjCNEN-CIWDRtQxXbmIp_0uytoDiGa8w&sig2=awmtXTusjlpoz2zc5T5AiA> Acesso em: 16 de maio de 2017.

_____. **A “Constituição Cidadã”: sociedade e cidadania em questão.** 2008. Disponível em <<http://www.educacional.com.br/reportagens/20AnosConstituicao/cidada.asp>> Acesso em: 13 de abril de 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948 <http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

_____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 24 de maio de 2016.

_____. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

_____. **Controle temporal de dados o direito ao esquecimento.** Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 01 de abril de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 705.630-ArR**, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 22/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28705630%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bj2b6qw>>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1334097/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1335153/RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 270730/RJ**, Relator: Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 19/12/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8034660/recurso-especial-resp-270730-rj-2000-0078399-4-stj>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.